



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR



BOLETÍN JURÍDICO
ENERO A DICIEMBRE 2018

Vol.17



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

BOLETÍN JURÍDICO
NÚMERO 17

ENERO – DICIEMBRE 2018

Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Dr. Diego Regalado Almeida
SUBPROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

www.pge.gob.ec

Boletín Jurídico N° 17

Enero a diciembre 2018

DIRECCIÓN NACIONAL DE ASESORÍA JURÍDICA INSTITUCIONAL

ELABORACIÓN Y PUBLICACIÓN

Dirección Nacional de Asesoría Jurídica Institucional

REVISIÓN DE IMAGEN Y DIFUSIÓN

Unidad de Comunicación Social

FUENTE

Dirección Nacional de Consultoría

Procuraduría General del Estado

Av. Amazonas N° 39-123 y Arízaga. Edif. Amazonas Plaza

Teléfono: 022 941 300

Quito – Ecuador

Portal web: www.pge.gob.ec

Contents

ACTO ADMINISTRATIVO: PRINCIPIO DE LEGALIDAD, LÍMITES ESTABLECIDOS POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO	7
ASOCIATIVIDAD: EMPRESAS PÚBLICAS	15
AUTORIZACIONES AMBIENTALES EN EL SECTOR ELÉCTRICO:COMPETENCIAS	28
COMPETENCIA PARA CONOCER Y RESOLVER LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS DE REVISIÓN QUE INTERPONGAN LOS CONTRATISTAS: CONTRATACIÓN PÚBLICA	35
CONTRIBUCIÓN DE ÁREAS VERDES, COMUNITARIAS Y VÍAS: PREDIOS URBANOS Y RURALES, FRACCIONAMIENTO O DIVISIÓN CON LA FINALIDAD DE SER URBANIZADOS O LOTIZADOS	43
CONTRIBUCIÓN DEL UNO POR MIL SOBRE EL VALOR DE LOS ACTIVOS FIJOS QUE DEBERÁN PAGAR ANUALMENTE TODOS LOS ESTABLECIMIENTOS PRESTADORES DE SERVICIOS AL TURISMO	51
CONVENIOS INTERINSTITUCIONALES: ENTREGA DE RECURSOS ECONÓMICOS POR PARTE DEL BCE PARA LA EJECUCIÓN DE OPERACIONES ESTADÍSTICAS POR PARTE DEL INEC	58
DESIGNACIÓN DE REEMPLAZO Y SUBROGACIÓN DE MÁXIMA AUTORIDAD DE ÓRGANOS AUTÓNOMOS: FUNCION JUDICIAL	65
DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDADES Y SANCIONES DE DESTITUCIÓN: CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO	70
DEVOLUCIÓN DE PAGO EN EXCESO DE TASAS	81
DIRECCIÓN ESTRATÉGICA, AUTONOMÍA, ÓRGANO ADSCRITO: RÉGIMEN AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO	91
EXPEDICIÓN DE ACTOS NORMATIVOS DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO	99
EXPROPIACIÓN: COMPETENCIA DE ORDEN DE OCUPACIÓN INMEDIATA DEL INMUEBLE DECLARADO DE UTILIDAD PÚBLICA	104
EXPROPIACIÓN: PROTOCOLIZACIÓN E INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD	111
FUSIÓN O ESCISIÓN DE SOCIEDADES: OBLIGACIONES TRIBUTARIAS	122
INFORMES VINCULANTES: ADJUDICACIÓN DE LAS FRECUENCIAS O CANALES DE RADIODIFUSIÓN SONORA O DE TELEVISIÓN TEMPORALES	133
IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY: EXONERACIÓN DE PAGO A HONORARIOS POR CONCEPTO DE RESTITUCIÓN O TRANSFERENCIA DE BIENES (LEY PARA EL CIERRE DE LA CRISIS BANCARIA DE 1999)	147

JORNADA LABORAL: PROFESIONALES DE LA SALUD	154
JURISDICCIÓN COACTIVA CONTRA FUNCIONARIOS: EMPRESAS PÚBLICAS	159
MANTENIMIENTO INFRAESTRUCTURA DE ESCUELAS FISCALES: GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADO PARROQUIAL	164
MULTAS CONTRATOS COMPLEMENTARIOS: CONTRATACIÓN PÚBLICA	171
MULTAS EN COMPRAS POR CATÁLOGO ELECTRÓNICO: CONTRATACIÓN PÚBLICA	180
NORMA INTERPRETATIVA AL REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRACION PÚBLICA	189
NORMA SUPLETORIA ADMINISTRATIVA	195
OBLIGACIONES EN CONTRATACIÓN PÚBLICA: MEDIOS PÚBLICOS DE COMUNICACIÓN	203
PAGO DE VIÁTICO POR RESIDENCIA	212
PAGO DE UTILIDADES A TRABAJADORES O DEVOLUCIÓN A IESS: UTILIDADES NO COBRADAS	223
PATENTES DE OPERACIÓN TURÍSTICA A FAVOR DE LOS ACTUALES TITULARES DE PERMISOS DE OPERACIÓN TURÍSTICA	231
PRESCRIPCIÓN POTESTAD SANCIONADORA: PROCESOS ADMINISTRATIVOS	242
PRESIDENTES Y VICEPRESIDENTES DE LA REPÚBLICA: PENSIONES VITALICIAS MENSUALES Y PENSIONES DE JUBILACIÓN QUE OTORGA EL IESS	247
PRINCIPIO DE TIPICIDAD DE LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS	260
REEMPLAZO Y SUBROGACION DE MAXIMA AUTORIDAD DE ORGANOS AUTONOMOS: FUNCION JUDICIAL	270
RÉGIMEN SANCIONATORIO: INSTRUCCIÓN Y SUSTANCIACIÓN DE PROCEDIMIENTOS	273
REGISTRO DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN: CONSEJO DE REGULACIÓN Y DESARROLLO DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN	283
REVERSIÓN DE BIEN EXPROPIADO	289
REGISTRO E INHABILIDAD DE OCUPAR CARGO PÚBLICO	299
SANCIONES PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS: COMPETENCIA DE DIRECTORIOS PARA RESOLVER RECURSOS	307



SELECCIÓN DE SOCIO ESTRATÉGICO PARA UN PROCESO DE ALIANZA ESTRATÉGICA	319
SUBROGACIÓN DE FUNCIONES Y CONVOCATORIA A SESIÓN ORDINARIA O EXTRAORDINARIA: CONSEJO METROPOLITANO DE QUITO	324
SOCIEDADES MERCANTILES CON ACCIONISTA MAYORITARIO DEL SECTOR PÚBLICO: OBLIGACION A CONTRATAR AUDITORÍA	332
SUSTANCIACIÓN DE LOS RECLAMOS ADMINISTRATIVOS: ACTO ADMINISTRATIVO PREVIO SUJETO A IMPUGNACIÓN EN LA VÍA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA	342
SUSTANCIACIÓN DE RECLAMOS Y RECURSOS EN MATERIA DE SEGUROS: CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO:	350
TERMINACION UNILATERAL CONTRATO DE COMODATO	359
VIÁTICO POR GASTOS DE RESIDENCIA: SERVICIO PÚBLICO	367
VOTO DIRIMENTE: FUNCIÓN DE TRANSPARENCIA Y CONTROL SOCIAL	374

**ACTO ADMINISTRATIVO:
PRINCIPIO DE LEGALIDAD, LÍMITES ESTABLECIDOS POR EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO**

Oficio PGE No. 00982 de 05-10-2018

CONSULTANTE: SUPERINTENDENCIA DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

CONSULTA:

“¿Los plazos contenidos en el artículo 232 del Código Orgánico Administrativo, son aplicables para el ejercicio de la potestad revisora de oficio prevista en el artículo 132 del mismo cuerpo legal, es decir, de un año para la causal primera y de veinte días para el resto de causales?”.

BASE LEGAL:

Constitución de la República: Arts. 82, 173 y 273.

Código Orgánico Administrativo: Arts. 2, 14, 103 núm. 3, 105, 106, 116, 132, 218 y 232.

Pronunciamiento Procurador General del Estado, Oficio No. 02507 de 2 de septiembre de 2015.

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

El informe jurídico que se ha remitido como anexo a la consulta, consta en el memorando No. SUPERCOM-PC-IGJI-0105-2018 de 24 de agosto de 2018, suscrito por el Intendente General Jurídico de la Información y Comunicación del organismo que usted representa, quien se refiere a la potestad revisora de oficio y al recurso extraordinario de revisión, para lo cual menciona entre otros, los artículos 82 y 273 de la Constitución de la República; y, 103 numeral 3, 105, 132, 218 y 232 del Código Orgánico Administrativo, en base a los cuales efectúa el siguiente análisis:

“(...) como los actos administrativos se extinguen, entre otras causas, por cumplimiento, es decir, cuando se cumple o se agotan sus efectos (artículo 103.3 del COA), lo que en doctrina se llama ejecución del acto, como consecuencia de la presunción de legitimidad y ejecutividad, tampoco cabe ni revisión de oficio ni mediante recurso extraordinario de revisión, de un acto que se extinguió en el mundo jurídico.

(...)

Los actos administrativos, también impugnables por garantía constitucional, artículo 273 de la CRE, que por principio gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad,

pueden ser impugnados, administrativa o judicialmente, por quien se considere afectado en sus derechos, precisamente para cuestionar la legitimidad y validez de los mismos. Si el administrado no los cuestiona, en tiempo oportuno, prescribe el derecho que tiene para hacerlo, precisamente en respeto al principio de seguridad jurídica enunciado. La consecuencia de no hacer uso de los mecanismos de impugnación en tiempo oportuno es que el acto administrativo adquiere la condición de firme (artículo 218 del COA), con el efecto de que no admite impugnación y está llamado a cumplirse, a ejecutarse.

Como consecuencia de lo expuesto, el ejercicio de la facultad revisora también debe permanecer en el tiempo, limitado a un plazo determinado, porque no puede quedar abierta la posibilidad de revisión en cualquier tiempo y, menos si el acto fue ejecutado, produciendo todos los efectos jurídicos que de él se dimanar, porque él mismo se habría extinguido, desapareciendo del mundo jurídico”.

Con sustento en el referido análisis, el Intendente General Jurídico de la Información y Comunicación de la entidad a su cargo concluye con el siguiente criterio jurídico:

“(…) para el ejercicio de la facultad revisora de los actos administrativos, sea de oficio o a través del recurso extraordinario de revisión, los plazos aplicables para su ejercicio son los del artículo 232 del COA ya referidos, es decir, de un año para la causal primera y de veinte días para las restantes, contados a partir de que se tuvo conocimiento de documentos de valor esencial, o desde la fecha en que se ejecutoria o queda firme la declaración de nulidad o falsedad, siempre y cuando el acto no haya alcanzado la condición de firme, ni se haya extinguido por el cumplimiento de todos sus efectos”.

Sobre el tema materia de consulta, es necesario en primer término remitirnos a lo que disponen los artículos 82 y 226 de la Constitución de la República¹:

“Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

“Art. 226.- 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”.

El artículo 2 del Código Orgánico Administrativo² (en adelante COA), en cuanto a la aplicación de los principios generales en la materia que regula, prevé que se observarán los principios previstos tanto en la Constitución, como en los instrumentos internacionales y en ese código.

¹ Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

² Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017. (De acuerdo con lo previsto en su Disposición Final, entró en vigencia doce meses después de la fecha de su publicación).

En concordancia con lo manifestado, el principio de juridicidad contemplado en el artículo 14 del COA determina que la actuación administrativa se debe someter a la Constitución, a los instrumentos internacionales, a la ley, a los principios, a la jurisprudencia aplicable y a ese código, agregando que la potestad discrecional se utilizará conforme a Derecho.

De las normas transcritas se evidencia que el derecho a la seguridad jurídica se basa en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, quienes tienen el deber de someterse a éstas, además de observar los principios y la jurisprudencia aplicable.

El artículo 105 del COA especifica las causales de nulidad de un acto administrativo:

“Art. 105.- Causales de nulidad del acto administrativo. Es nulo el acto administrativo que:

1. Sea contrario a la Constitución y a la ley.
2. Viole los fines para los que el ordenamiento jurídico ha otorgado la competencia al órgano o entidad que lo expide.
3. Se dictó sin competencia por razón de la materia, territorio o tiempo.
4. Se dictó fuera del tiempo para ejercer la competencia, siempre que el acto sea gravoso para el interesado.
5. Determine actuaciones imposibles.
6. Resulte contrario al acto administrativo presunto cuando se haya producido el silencio administrativo positivo, de conformidad con este Código.
7. Se origine en hechos que constituyan infracción penal declarada en sentencia judicial ejecutoriada.
8. Se origine de modo principal en un acto de simple administración.

El **acto administrativo nulo no es convalidable**. Cualquier otra infracción al ordenamiento jurídico en que se incurra en un acto administrativo es subsanable.

El acto administrativo expreso o presunto por el que se declare o constituyan derechos en violación del ordenamiento jurídico o en contravención de los requisitos materiales para su adquisición, es nulo”. (Lo resaltado me pertenece).

El artículo 106 del referido Código Orgánico Administrativo, en cuanto a la declaración de nulidad precisa que:

“Art. 106.- Declaración de nulidad. Las **administraciones públicas anularán de oficio el acto administrativo, mediante el ejercicio de la potestad de revisión**.

La persona interesada puede solicitar la declaración de nulidad del acto administrativo a través de la interposición de una reclamación o un recurso administrativo.

La o el interesado que se crea lesionado en un derecho subjetivo amparado en el ordenamiento jurídico, puede solicitar la declaración de nulidad del acto administrativo, aunque no haya comparecido al procedimiento administrativo, previamente”. (Lo resaltado me pertenece).

De la lectura de los artículos 105 y 106 del COA, se desprende que existen causales específicas de nulidad del acto administrativo y que el acto administrativo nulo no es convalidable, así como tampoco el acto administrativo expreso o presunto por el que se declare o constituyan derechos en violación del ordenamiento jurídico o en contravención de los requisitos materiales para su adquisición. La nulidad puede ser declarada por la administración pública a petición de parte, a través de la interposición de una reclamación o un recurso, y de propia iniciativa, mediante el ejercicio de la potestad de revisión de oficio.

El Código Orgánico Administrativo dentro del Libro Preliminar Normas Rectoras, en su Título II de la Actividad de las Administraciones Públicas, Capítulo Sexto Autotutela de la legalidad y corrección de los actos, artículo 132 contempla la Revisión de oficio en los siguientes términos:

“Art. 132.- Revisión de oficio. **Con independencia de los recursos previstos en este Código, el acto administrativo nulo puede ser anulado por la máxima autoridad administrativa, en cualquier momento**, a iniciativa propia o por insinuación de persona interesada.

El trámite aplicable es el procedimiento administrativo.

El transcurso del plazo de dos meses desde el día siguiente al inicio del procedimiento de revisión de oficio sin dictarse acto administrativo, produce la caducidad del procedimiento”. (Lo resaltado me pertenece).

De la norma transcrita se evidencia que el COA confiere a la revisión de oficio el carácter de potestad de la administración, diferenciándola de los recursos que la persona interesada puede interponer para impugnar los actos administrativos, entre ellos los que tuvieren vicios que provoquen su nulidad.

Adicionalmente, se observa que el artículo 132 del COA expresamente ha dispuesto que la máxima autoridad administrativa, a iniciativa propia o por insinuación de persona interesada, puede anular un acto administrativo nulo *“en cualquier momento”*, en ejercicio de la potestad de revisión de oficio de los actos nulos no convalidables; y que, el plazo de dos meses que el inciso final de esa norma establece, se refiere a la caducidad del procedimiento en los casos en los que, una vez iniciada la revisión de oficio, no se hubiere dictado oportunamente el acto administrativo, lo que guarda armonía con lo previsto en el artículo 213 del mismo código, que establece el plazo de dos meses, para la caducidad de los procedimientos administrativos iniciados de oficio.

Al respecto sobre el tema, Bocanegra Sierra explica lo siguiente:

“Como en su momento se indicó, las consecuencias dogmáticas de la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos vienen constituidas por la posibilidad del enjuiciamiento *ex officio* del acto nulo, por el carácter público de la acción para pedir la declaración de nulidad y por la imprescriptibilidad propia de esta acción de nulidad”.³

Adicionalmente, también se debe distinguir la potestad de revisión de oficio de la revocatoria de los actos administrativos favorables o desfavorables, que es materia reglada por los artículos 116 y 118 del Código Orgánico Administrativo.

De otra parte, en lo concerniente a la posibilidad de impugnar los actos administrativos, el artículo 173 de la Constitución de la República determina:

“Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”.

En éste punto, el Código Orgánico Administrativo en su Libro Segundo El Procedimiento Administrativo, Título IV Impugnación, Capítulo Primero Reglas Generales, artículo 217, numeral 2, prevé que el recurso extraordinario de revisión cabe, exclusivamente, respecto del acto administrativo que ha causado estado en vía administrativa.

El artículo 218 del mencionado código orgánico, precisa los casos en los cuales un acto administrativo causa estado en la vía administrativa:

“Art. 218.- Efectos de la no impugnación del acto administrativo. El acto administrativo causa estado en vía administrativa cuando:

1. Se ha expedido un acto administrativo producto del recurso de apelación.
2. Ha fenecido el plazo para interposición del recurso de apelación y no se ha ejercido el derecho.
3. Se ha interpuesto acción contenciosa administrativa respecto del acto del que se trate.

El acto administrativo es firme cuando no admite impugnación en ninguna vía.

³ Bocanegra Sierra, Raúl; Estudios de Administración General; Instituto de Estudios de Administración Local; Madrid; 1977, pág. 195.

Sobre el acto administrativo, que ha causado estado, cabe únicamente, en vía administrativa, el recurso extraordinario de revisión o en su caso, la revisión de oficio regulados en este Código". (Lo resaltado me pertenece).

Los dos últimos incisos del artículo 218 del COA, previamente citado, diferencian entre el acto administrativo firme, que es aquel que no admite impugnación en ninguna vía (administrativa o judicial), y el acto administrativo que ha causado estado en vía administrativa, respecto del cual cabe el recurso extraordinario de revisión o la revisión de oficio y la impugnación en sede judicial.

Consecuentemente, no procede ejercer la potestad de revisión de oficio, respecto de actos administrativos firmes, cuando la nulidad del respectivo acto administrativo hubiere sido ya materia resuelta por la justicia.

En cuanto a las causales previstas para el recurso extraordinario de revisión, tenemos que el artículo 232 del COA determina lo siguiente:

“Art. 232.- Causales. **La persona interesada puede interponer un recurso extraordinario de revisión del acto administrativo que ha causado estado**, cuando se verifique alguna de las siguientes circunstancias:

1. Que al dictarlos se ha incurrido en evidente y manifiesto error de hecho, que afecte a la cuestión de fondo, siempre que el error de hecho resulte de los propios documentos incorporados al expediente.
2. Que al dictarlos se haya incurrido en evidente y manifiesto error de derecho, que afecte a la cuestión de fondo.
3. Que aparezcan nuevos documentos de valor esencial para la resolución del asunto que evidencien el error de la resolución impugnada, siempre que haya sido imposible para la persona interesada su aportación previa al procedimiento.
4. Que en la resolución hayan influido esencialmente actos declarados nulos o documentos o testimonios declarados falsos, antes o después de aquella resolución, siempre que, en el primer caso, el interesado desconociera la declaración de nulidad o falsedad cuando fueron aportados al expediente dichos actos, documentos o testimonios.
5. Que la resolución se haya dictado como consecuencia de una conducta punible y se ha declarado así, en sentencia judicial ejecutoriada.

El **recurso extraordinario de revisión se interpondrá**, cuando se trate de la **causa 1, dentro del plazo de un año** siguiente a la fecha de la notificación de la resolución impugnada. En los demás casos, el **término es de veinte días** contados desde la fecha en que se tiene conocimiento de los documentos de valor esencial o desde la fecha en que se ha ejecutoriado o quedado firme la declaración de nulidad o falsedad.

La persona interesada conservará su derecho a solicitar la rectificación de evidentes errores

materiales, de hecho, o aritméticos que se desprendan del mismo acto administrativo, independientemente de que la administración pública la realice de oficio.

No procede el recurso extraordinario de revisión cuando el asunto ha sido resuelto en vía judicial, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los servidores públicos intervinientes en el ámbito administrativo”. (Lo resaltado me pertenece).

De los artículos enunciados, tenemos que el recurso de revisión cabe exclusivamente respecto del acto administrativo que ha causado estado en vía administrativa, es decir, cuando se ha expedido un acto administrativo producto del recurso de apelación, ha fenecido el plazo para interposición del recurso de apelación (y no se ha ejercido el derecho), o se ha interpuesto acción contenciosa administrativa.

Adicionalmente, se observa que el recurso de revisión es extraordinario en la medida en que solo procede su ejercicio por la persona interesada en los supuestos concretos previstos como causales tasadas por el artículo 232 del COA y dentro del plazo y término establecidos por esa norma, aplicables según la respectiva causal.

Si bien es cierto que respecto del acto administrativo que ha causado estado cabe únicamente en vía administrativa el recurso extraordinario de revisión o, en su caso, la revisión de oficio, el Código Orgánico Administrativo claramente distingue en qué caso opera cada uno, pues los regula de manera separada.

Con respecto al tema, Eduardo García de Enterría y Tomás - Ramón Fernández explican:

“Parece, pues, evidente que en nuestro derecho vigente la acción de nulidad y el recurso de revisión se solapan, contribuyendo a crear una situación de confusión que, lejos de duplicar la garantía del administrado, revierte en una limitación de sus posibilidades reales de defensa al haber determinado en la práctica un empoderamiento notorio de la acción de nulidad (no sometida, como ya sabemos, a límites temporales en cuanto a su ejercicio)”.⁴

Sin embargo, la justificación de la revisión de oficio y el hecho de que no esté sujeta a límites temporales para que opere, tiene su fundamento en un interés objetivo del ordenamiento que es la protección del orden público, como lo manifiesta Bocanegra Sierra:

“Pero, además, es de indicar que la revisión de oficio puede constituir un instrumento suficiente para la protección de los intereses públicos frente a los actos ilegales, en cuanto a través de esta vía es posible a la Administración reconsiderar sus propios errores, sirviendo, eventualmente, como instrumento de tutela de los intereses individuales”.⁵

⁴ García de Enterría, Enrique y Fernández, Tomás, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Editorial Temis S.A.-Palestra, Bogotá-Lima, 2008, pág. 540.

⁵ Bocanegra Sierra, Raúl; Estudios de Administración General; op. cit., pág. 229.

Con similares fundamentos jurídicos, en pronunciamiento contenido en oficio No. 02507 de 2 de septiembre de 2015, respecto a la caducidad de la facultad de la administración para extinguir un acto administrativo por razones de legitimidad, la Procuraduría General del Estado realizó el siguiente análisis y conclusión:

“Respecto de la declaración de nulidad de un acto administrativo, Dromi manifiesta que se puede efectuar ‘en cualquier momento’, y explica:

‘(...) en los actos nulos, la carga de la impugnación se refiere únicamente al problema de la eficacia, en cuanto comportamiento que debe adoptar el particular afectado si quiere evitar los efectos inmediatos del acto, pero no tiene nada que ver con el problema de la invalidez del acto nulo, el cual lo sigue siendo por sí, dada la imposibilidad de convalidación por consentimiento o por cualquier otro medio. Dicho de otro modo, **si no se recurre en plazo el acto nulo, éste producirá sus efectos propios, pero no se convertirá en un acto válido y la nulidad inicial podrá ser declarada en cualquier momento posterior**’.

Sobre la competencia de la administración para extinguir por razones de legitimidad los actos administrativos nulos, en fallo de 31 de enero de 2007, publicado en la Gaceta Judicial No. 3, Serie 18, la entonces Corte Suprema de Justicia, manifestó:

‘(...) El sentido de la revisión de este requisito material se justifica por la aplicación del régimen jurídico de la extinción de los actos administrativo (sic), en razón de su legitimidad: En efecto, sin perjuicio de la intervención de los Tribunales Distritales en la materia, **la Administración, en ejercicio de su potestad de auto tutela, es competente para dejar sin efecto cualquier acto administrativo nulo de pleno derecho (actos irregulares), explícito o presunto, aun cuando de éste se pueda sostener que se han generado derechos para el administrado, pues, es evidente que los actos nulos de pleno derecho no se pueden consentir, porque afectan el orden público, algo que trasciende al mero interés del destinatario del acto administrativo**’.

En la misma línea, el fallo de casación publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 10 de 16 de enero de 2008, analiza:

‘(...) SEPTIMO: La extinción de los actos administrativos que contienen vicios inconvalidables constituye un deber jurídico (...). La nulidad de pleno derecho resulta entonces de orden público lo cual explica que pueda ser declarada de oficio por la propia Administración e incluso, por los Tribunales (...)’.

(...) los actos administrativos nulos de pleno derecho, son irregulares y por tanto no gozan de la presunción de legitimidad, por lo que según esas normas, la doctrina y los fallos que se han citado, la administración puede declarar su extinción por razones de legitimidad en forma directa en cualquier momento”. (Lo resaltado me pertenece).

Por lo expuesto, del análisis jurídico precedente y en atención a los términos de su consulta, se concluye que, de conformidad con lo previsto en el artículo 132 del Código Orgánico Administrativo, la potestad revisora de oficio la puede ejercer la administración en cualquier momento respecto de los actos administrativos nulos, que como tales, afectan el orden público y que hubieren causado estado en vía administrativa exclusivamente. En consecuencia, no es procedente aplicar a la potestad de revisión que la administración puede ejercer de oficio el plazo o término determinados para el recurso extraordinario de revisión, el cual tiene una naturaleza jurídica distinta y debe ser interpuesto exclusivamente por la persona interesada, en observancia de las causales y tiempo precisados para el efecto por el artículo 232 del citado código.

Sin perjuicio de lo expuesto, es pertinente aclarar que, por el principio de legalidad, la revisión de oficio como toda potestad pública debe observar los límites establecidos por el ordenamiento jurídico. En consecuencia, de acuerdo con el artículo 132 del COA, se puede ejercer cuando objetivamente existan causas de nulidad no convalidables en el acto administrativo y razones de orden público que justifiquen su ejercicio, así como otros límites jurídicamente razonables como, por ejemplo, la cosa juzgada y el principio de igualdad. En tal contexto, la insinuación que para el ejercicio de la potestad de revisión de oficio puede efectuar la persona interesada, según la parte final del primer inciso del artículo 132 del COA, no configura un nuevo recurso de impugnación de los actos administrativos que pueda ser interpuesto fuera de los términos legales, ni constituye un medio para reabrir procedimientos ya resueltos en sede administrativa o que dé lugar a la revisión de actos administrativos firmes.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas. La verificación de la causa de nulidad no convalidable de los actos administrativos, así como la calificación de la razón de orden público que motive el ejercicio de la potestad de revisión de oficio en cada caso particular, son de exclusiva responsabilidad de los personeros de las respectivas entidades del Sector Público.

ASOCIATIVIDAD: EMPRESAS PÚBLICAS

Oficio PGE No. 02121 de 28-12-2018

CONSULTANTE: MINISTERIO DE ENERGÍA Y RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES

CONSULTAS:

1. “¿De conformidad con el inciso tercero del artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y el artículo 12 de la Ley de Minería, está legalmente facultada una empresa pública para constituir cualquier tipo de figura asociativa autorizada por la Ley, incluida una Sociedad Anónima, con cualquier porcentaje de capital mayoritario, o minoritario, para el desarrollo de proyectos mineros (sector estratégico)?”.
2. “¿De conformidad con los artículos 12, 29 y 125 de la Ley de Minería pueden las empresas públicas, titulares de derechos mineros, transferir de manera directa, sin concurso público, concesiones mineras que formen parte de convenios, acuerdos o alianzas estratégicas suscritos

con empresas estatales extranjeras?”.

BASE LEGAL:

Constitución de la República: Arts. 226, 313, 315, 316.

Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP): Arts. 4, 35, 36.

Ley de Minería: Arts. 1, 12, 29, 30, 31 y 125.

Reglamento General a la Ley de Minería: Art. 20.

Ley de Compañías: Arts. 1, 2.

Pronunciamiento Procurador General del Estado, Oficio No. 06885 de 8 de marzo de 2012; Oficio No. 00444 de 3 de marzo de 2015.

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

PRIMERA CONSULTA:

(...)

a) **Informe Jurídico:**

De acuerdo con el informe jurídico de la entidad consultante, la reforma introducida al artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas por la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera⁶, deja “(...) *clara la intención del legislador de ampliar la capacidad de asociación que tiene el Estado a otro tipo de figuras más dúctiles y eficientes que la Empresa de Economía Mixta y con libertad de escoger su porcentaje de participación*”⁷.

Con relación a los artículos 316 de la Constitución de la República y 35 de la Ley Orgánica de

⁶ Publicada en Registro Oficial Suplemento No. 652 de 18 de diciembre de 2015

⁷ Ministerio de Energía y Recursos No Renovables / Memorando No. MERNNR-COGEJ-22018-0097-ME / Pág. 9

Empresas Públicas, el citado informe expone que:

“(…) con base en la facultad establecida en el artículo 316 [de la Constitución], la legislación secundaria **ha incluido varias opciones para que una empresa pública pueda desarrollar la gestión de sectores estratégicos** que le ha sido delegada, a través de la constitución de figuras asociativas autorizadas por la ley, **sin excluir de manera expresa la sociedad anónima**⁸.

(…) debido a que el artículo 316 también otorga la **facultad excepcional de delegación del Estado a la iniciativa privada**, aparece entonces la necesidad de regular la capacidad asociativa para el manejo de sectores estratégicos en otras modalidades y porcentajes. Es aquella excepcionalidad referida en el artículo 316 la que se desarrolla y amplía en el inciso tercero del artículo 35, dando flexibilidad antes mencionada”⁹. (Lo resaltado me corresponde)

Finalmente, el Coordinador General Jurídico de la entidad consultante, concluye:

“(…) **no existe prohibición de que una empresa de economía mixta o una empresa pública titular de derechos mineros, constituya una modalidad distinta a la empresa de economía mixta**, como por ejemplo una sociedad anónima nacional, con cualquier porcentaje de capital **para el desarrollo de proyectos vinculados con recursos naturales no renovables (sector estratégico)**”¹⁰. (Lo resaltado me corresponde).

b) **Análisis jurídico:**

Para atender su consulta es pertinente considerar como antecedente el principio de legalidad que rige la actuación de la administración pública, constante en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador¹¹, que prescribe lo siguiente:

“Art. 226.- 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”.

Por otra parte, el artículo 313 de la Constitución¹² reserva **al Estado** el derecho de administrar,

8 Ministerio de Energía y Recursos No Renovables / Memorando No. MERNNR-COGEJ-22018-0097-ME / Pág. 6

9 Ministerio de Energía y Recursos No Renovables / Memorando No. MERNNR-COGEJ-22018-0097-ME / Pág. 10

10 Ministerio de Energía y Recursos No Renovables / Memorando No. MERNNR-COGEJ-22018-0097-ME / Pág. 11

11 Constitución de la República del Ecuador. Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

12 “Art. 313.- El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.

Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.

regular, controlar **y gestionar** los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de **sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia**.

El artículo 315 de la Carta Magna¹³ le faculta al Estado la **constitución de empresas públicas para la gestión** de tales sectores estratégicos; empresas que tendrán, entre otras características, autonomía de gestión y funcionarán con criterios empresariales y de acuerdo con la ley.

Por otro lado, el artículo 316 de la Norma Suprema¹⁴, en concordancia con la sentencia interpretativa de la Corte Constitucional No. 001-12-SIC-CC de 5 de enero de 2012, le otorga al **Estado la facultad** exclusiva de **delegar la gestión** de los sectores estratégicos a empresas de economía mixta o, excepcionalmente, a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria. La Corte Constitucional, en la citada sentencia concluyó lo siguiente:

(...) SENTENCIA INTERPRETATIVA:

“1. De conformidad con lo manifestado en los considerandos que anteceden, el Pleno de la Corte Constitucional interpreta los artículos 313, 315 y 316 de la Constitución de la República, en los siguientes términos: Debe entenderse que las empresas públicas únicamente gozan de la facultad de gestionar los sectores estratégicos y/o prestar los servicios públicos, para los que hubieren sido autorizadas, **sin que le esté permitido a su vez, a dichas empresas públicas, delegar a la iniciativa privada la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos**, lo cual es competencia de los organismos pertinentes conforme lo establecido en la ley.

(...) 3. Por otra parte, debe interpretarse que el Estado Central, a través de las autoridades de control y regulación competentes de la Administración Pública o gobierno central, que tengan dicha atribución legal, podrá delegar a empresas mixtas, o excepcionalmente a la iniciativa privada o economía popular y solidaria, la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos, en los casos contemplados en la ley de la materia o sector pertinente.

Se consideran sectores estratégicos la 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”.

13 “Art. 315.- 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 la 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”.

14 Art. 316.- El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico.

El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley.

(...)5. Así mismo, se interpretará **en lo atinente a casos de excepción indicados en el punto 3 de esta sentencia esto es, para que la iniciativa privada y la economía popular y solidaria puedan gestionar sectores estratégicos** y/o prestar servicios públicos en el ámbito de las disposiciones constitucionales consultadas, **deberán ceñirse a lo establecido en la ley correspondiente y a lo regulado por las autoridades competentes de la administración pública o gobierno central que tengan dicha atribución legal. (...)**¹⁵. (Lo resaltado me corresponde)

En virtud de lo anterior, cabe hacer una distinción para entender la normativa vigente aplicable a su consulta. Por un lado, nos encontramos frente a una **facultad de autorización o delegación** que tiene el Estado (sea a través de la constitución de empresas públicas o a través de la delegación directa a empresas mixtas o excepcionalmente a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria) para la gestión de sectores estratégicos; **y, por otro lado, tenemos la facultad del Estado de gestionar** los sectores estratégicos, una vez que el Estado haya tomado la decisión de constituir una empresa pública.

En este sentido, se observa que solamente el Estado tiene la facultad de “autorizar” o “delegar” la gestión de los sectores estratégicos y que a la empresa pública únicamente le compete gestionar, una vez que el Estado le ha autorizado a hacerlo.

En base al análisis precedente, podemos concluir lo siguiente:

- 1) Al Estado le corresponde prioritariamente la gestión de los sectores estratégicos.
- 2) El Estado, además de gestionarlos directamente, tiene dos posibilidades adicionales: constituir empresas públicas para que sean estas las que gestionen los sectores estratégicos o delegar la gestión (a empresas mixtas o excepcionalmente a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria).
- 3) Únicamente el Estado es quien tiene la facultad de delegar la gestión.

Siguiendo con el análisis, una vez que el Estado ha optado por constituir una empresa pública para la gestión de los sectores estratégicos –en el presente caso la minería– y partiendo de que la empresa pública no está facultada para delegar la gestión de los sectores estratégicos, se debe analizar lo que le está permitido hacer a la empresa pública específicamente para la gestión de dichos sectores. Para ello, cabe remitirse nuevamente al artículo 315 de la Carta Magna que manifiesta que las empresas públicas están bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionando 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**.

Posteriormente, se debe analizar lo que dispone la ley para que la empresa pública pueda cumplir con su objeto o fin de gestionar un sector estratégico. Para tal efecto, debemos remitirnos a la Ley

¹⁵ Sentencia interpretativa No. 001-12-SIC-CC, Caso No. 0008-10-IC de 05 de enero de 2012, publicada en el [Primer](#) Suplemento del Registro Oficial No. 629 de 30 de enero de 2012.

Orgánica de Empresas Públicas y a la Ley de Minería, que determinan las acciones que puede realizar la empresa pública, en este caso minera, para cumplir su fin.

El artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas¹⁶ (en adelante LOEP), contempla dentro de las definiciones lo siguiente:

“Art. 4.- DEFINICIONES.- **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, 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. (...)”. (Lo resaltado me corresponde)

El artículo citado establece que las empresas públicas están destinadas a **la gestión** de los sectores estratégicos, entre otras actividades económicas, y les otorga **autonomía para dicha gestión**, es decir, que puedan hacer lo que la ley y la normativa vigente les permita para cumplir con su objeto.

En concordancia con lo anterior, el artículo 35 de la LOEP, en cuanto a la capacidad asociativa de las empresas públicas, prevé lo siguiente:

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

De conformidad con lo previsto en el artículo 316 de la Constitución de la República, **la empresa pública que haya constituido una empresa mixta para la gestión de sectores estratégicos** o prestación de servicios públicos, **deberá tener la mayoría de la participación accionaria en la empresa de economía mixta constituida**. La empresa pública podrá contratar la administración y gestión de la empresa, sea ésta pública o mixta.

Para otro tipo de modalidades asociativas, distintas a las empresas mixtas que se constituyan para la gestión de sectores estratégicos o prestación de servicios públicos, **la empresa pública podrá participar en éstas con un porcentaje no mayoritario, de conformidad con el artículo 316 de la Constitución y la ley. (...)**”. (Lo resaltado y subrayado me corresponde)

Los incisos segundo y tercero del citado artículo 35 prevén no solo la posibilidad de que una empresa

16 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 48 de 16 de octubre de 2009.

pública constituya una empresa mixta para la gestión de sectores estratégicos o la prestación de servicios públicos, sino que **contempla incluso la posibilidad de otras modalidades asociativas distintas**, entre las cuales, a título ejemplificativo, menciona a las empresas de economía mixta. Lo que queda claro es que, en caso de que se opte por una empresa de economía mixta, se deberá atender a lo dispuesto en el artículo 316 de la Constitución.

El artículo 36 de la LOEP, en cuanto a la inversión en otros emprendimientos, prevé lo siguiente:

“Art. 36.- INVERSIONES EN OTROS EMPRENDIMIENTOS.- Para ampliar sus actividades, acceder a tecnologías avanzadas y alcanzar las metas de productividad y eficiencia en todos los ámbitos de sus actividades, **las empresas públicas gozarán de capacidad asociativa**, entendida ésta como la **facultad empresarial para asociarse en consorcios, alianzas estratégicas, conformar empresas de economía mixta en asocio con empresas privadas o públicas, nacionales o extranjeras, constituir subsidiarias, adquirir acciones y/o participaciones en empresas nacionales y extranjeras y en general optar por cualquier otra figura asociativa** que se considere pertinente conforme a lo dispuesto en los Arts. 315 y 316 de la Constitución de la República.

Las empresas públicas ecuatorianas podrán asociarse con empresas estatales de otros países, con compañías en las que otros Estados sean directa o indirectamente accionistas mayoritarios. En todos estos casos se requerirá que el Estado ecuatoriano o sus instituciones hayan suscrito convenios de acuerdo o cooperación, memorandos o cartas de intención o entendimiento”.

Así pues, la empresa pública que se ha constituido para la gestión de un sector estratégico, puede adoptar cualquier tipo de modalidad asociativa, participando incluso con un porcentaje no mayoritario, con la finalidad de cumplir con su objeto social y alcanzar los objetivos nacionales establecidos. Adicionalmente, puede adquirir acciones y participaciones en otras sociedades, lo que para efectos prácticos equivaldría a constituir una nueva.

Por otro lado, y como se mencionó anteriormente, también se aplica a la presente consulta la Ley de Minería¹⁷, ley especial en materia minera que, en su artículo 1, precisa lo siguiente:

“Art. 1.- Del objeto de la Ley.- La presente Ley de Minería norma el ejercicio de los **derechos soberanos del Estado Ecuatoriano**, para administrar, regular, controlar y **gestionar** el sector estratégico minero, de conformidad con los **principios de sostenibilidad, precaución, prevención y eficiencia**. Se exceptúan de esta Ley, el petróleo y demás hidrocarburos.

El **Estado** podrá **delegar** su participación en el sector minero, a **empresas mixtas mineras** en las cuales tenga mayoría accionaria, **o a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria**, para la prospección, exploración y explotación, o el beneficio, fundición y refinación, si fuere el caso, además de la comercialización interna o externa de sustancias minerales”. (Lo resaltado me corresponde)

De lo manifestado se observa que la Ley de Minería tiene como propósito normar el ejercicio de los

17 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 517 de 29 de enero de 2009.

derechos soberanos del Estado ecuatoriano para administrar, regular, controlar y gestionar el sector estratégico minero, de conformidad con los principios de sostenibilidad, precaución, prevención y eficiencia, manifestándose de manera coherente con lo señalado en el artículo 315 y 316 de la Constitución de la República.

El artículo 12 de la Ley de Minería, en cuanto a la gestión de la actividad minera, prevé que:

“Art. 12.- **Empresa Nacional Minera.**- Es una **sociedad de derecho público con personalidad jurídica**, patrimonio propio, dotada de autonomía presupuestaria, financiera, económica y administrativa, **destinada a la gestión de la actividad minera** para el aprovechamiento sustentable de los recursos materia de la presente ley, en observancia a las disposiciones de la misma y sus reglamentos. La Empresa Pública Minera, sujeta a la regulación y el control específico establecidos en la Ley de Empresas Públicas, deberá actuar con altos parámetros de calidad y **criterios empresariales**, económicos, **sociales y ambientales**.

Para el cumplimiento de su fin, la **Empresa Nacional Minera podrá asociarse, constituir compañías de economía mixta, celebrar asociaciones, uniones transitorias, alianzas estratégicas y en general todo acto o contrato permitido por las leyes nacionales** con la finalidad de cumplir con su objeto social y alcanzar los objetivos nacionales, **con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas**”. (Lo resaltado y subrayado me corresponde).

De lo expuesto, la empresa pública, en este caso la Empresa Nacional Minera, está facultada a celebrar **todo acto o contrato permitido por las leyes** nacionales con la finalidad de cumplir con su objeto social y alcanzar los objetivos nacionales, ya sea con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas, acorde a lo señalado en los artículos 35 y 36 de la LOEP.

Al respecto, la Procuraduría General del Estado en oficio No. 00444 de 13 de marzo de 2015, al atender varias consultas de la municipalidad de Loja sobre la aplicación de los artículos 35 y 36 de la LOEP, que regulan la capacidad asociativa de esas entidades, en torno a proyectos de inversión público- privados no vinculados a sectores estratégicos, se pronunció en los siguientes términos:

“La norma constitucional del artículo 315 determina que el Estado puede constituir empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales, así como para el desarrollo de otras actividades económicas y que 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; mientras que el artículo 316 de la misma Carta Magna permite **la delegación** para participar en los sectores estratégicos y servicios públicos, a empresas en las que el Estado tenga mayoría accionaria.

(...) Del análisis que precede, se desprende que, de acuerdo con los artículos 315 inciso cuarto, 316 de la Constitución de la República y 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, **es mandatoria la exigencia de participación mayoritaria del sector público en toda forma de gestión de sectores estratégicos y/o prestación de servicios públicos.** (Lo resaltado y subrayado me corresponde)

En función del análisis precedente, se puede concluir lo siguiente:

- 1) La empresa pública tiene por objeto gestionar sectores estratégicos, mas no le corresponde delegar dicha gestión.
- 2) Para cumplir con su objeto, la empresa pública (en el presente caso minera) puede constituir cualquier tipo de asociación y celebrar en general todo acto o contrato permitido por la ley.
- 3) Es mandatoria la exigencia de participación mayoritaria del sector público en toda forma de gestión de sectores estratégicos y/o prestación de servicios públicos.

Finalmente, y para concluir con el análisis, se debe verificar si una sociedad anónima encaja dentro de “cualquier tipo de asociación” y/o “todo acto o contrato”, de conformidad con la LOEP y la Ley de Minería, respectivamente.

Para ello, se debe observar lo que dispone la Ley de Compañías, cuyo artículo 1 establece que:

“Art. 1.- Contrato de compañía es aquél por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades.

Este contrato se rige por las disposiciones de esta Ley, por las del Código de Comercio, por los convenios de las partes y por las disposiciones del Código Civil”.

Por su parte, el artículo 2 de la misma norma reconoce a la compañía anónima como una forma de compañía, por lo tanto, como un tipo de contrato, el contrato de compañía anónima, que a su vez es un modo de asociarse (modalidad asociativa). En tal virtud, se puede concluir que la sociedad anónima es una modalidad asociativa en los términos del artículo 35 de la LOEP y es un tipo de contrato permitido por la ley en los términos del artículo 12 de la Ley de Minería.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con los artículos 12 de la Ley de Minería y 35, inciso tercero de la LOEP, la Empresa Nacional Minera, autorizada por el Estado para la gestión de la actividad minera, para el cumplimiento de su fin, y siempre respetando los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia reconocidos en el artículo 313 de la Constitución, puede asociarse, constituir compañías de economía mixta u otras modalidades asociativas, celebrar asociaciones, uniones transitorias, alianzas estratégicas **y en general todo acto o contrato permitido por las leyes nacionales**, siempre que no implique una delegación de la gestión, ya que esta facultad es privativa del Estado y siempre que la participación de la empresa pública en la modalidad asociativa sea mayoritaria, por tratarse de gestión de sectores estratégicos. En tal virtud, deberá incorporar a su contrato de sociedad los mecanismos legalmente

idóneos para que su participación en dicha sociedad **siempre sea mayoritaria**.

La aplicación del artículo 35 de la LOEP y del artículo 12 de la Ley de Minería, debe ser entendida en armonía con las prescripciones de la Constitución y la sentencia interpretativa de la Corte Constitucional.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas. Es de exclusiva responsabilidad del Ministerio a su cargo, en su calidad de Rector del sector minero, así como de las autoridades de la empresa pública minera, considerar los aspectos técnicos o económicos que permitan calificar la oportunidad y conveniencia para el interés nacional de elegir entre las distintas opciones de actos, contratos o mecanismos de asociación previstos por la ley, a los que la empresa pública puede recurrir para cumplir sus fines y objetivos empresariales.

SEGUNDA CONSULTA:

(...)

a) **Informe Jurídico:**

El informe jurídico de la entidad consultante respecto a la segunda pregunta, expresa que el artículo 29 de la Ley de Minería, en relación al otorgamiento de concesiones, “(...) *dispone de manera general que el Ministerio sectorial convocará a subasta o remate (...)*”¹⁸; y, añade que el segundo inciso de la norma citada “(...) *contempla una exención que constituye un verdadero **derecho a favor de las empresas estatales extranjeras y sus subsidiarias** (...)*”¹⁹. (Lo resaltado me corresponde).

En cuanto a lo dispuesto por el artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, el informe señala que la excepción al concurso para la selección de socio de una empresa pública, prevista en la ley, que habilita la selección de manera directa “(...) *es el caso de asociación con empresas estatales extranjeras (aquellas de capital del origen fiscal o creadas por ley en su país de origen, por ejemplo)*”²⁰.

En la misma línea de análisis, refiriéndose a modo de ejemplo al artículo 12 de la Ley de Minería respecto al objeto y competencias de la ENAMI EP, manifiesta que “(...) *el artículo 29 de la Ley de Minería y el artículo 20 del Reglamento General a la Ley de Minería, le dan a ENAMI EP un derecho preferente para solicitar concesiones y convertirse en titular de derechos mineros*”²¹; y continúa “(...) *todo privado está obligado a someterse a un proceso de subasta y remate para el otorgamiento de concesiones mineras (...)*”; pero agrega que “(...) *El caso de las empresas estatales extranjeras es distinto (...) están exentas de someterse a un concurso para el otorgamiento de concesiones mineras*”. Posteriormente expresa que:

18 Ministerio de Energía y Recursos No Renovables / Memorando No. MERNNR-COGEJ-22018-0097-ME / Pág. 13

19 Ídem

20 Ministerio de Energía y Recursos No Renovables / Memorando No. MERNNR-COGEJ-22018-0097-ME / Pág. 15

21 Ídem

“(…) si la empresa pública formare una asociación con otras empresas públicas o subsidiarias de éstas de países que integran la comunidad internacional, **sólo en este caso**, la selección de socio se debería realizar de **manera directa, sin concurso**”. (Lo resaltado me corresponde)

En lo que respecta a los artículos 12 y 125 de la Ley de Minería, el antedicho informe jurídico de la entidad consultante manifiesta que:

“(…) todo derecho minero sin distinción alguna es susceptible de transferencia. (...) al ser las concesiones mineras activos de la empresa pública, son susceptibles de cesión y transferencia- **previa aprobación del Directorio de esta** de conformidad con el numeral 10 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (...)”.²² (Lo resaltado me corresponde).

Adicionalmente, expone que “(...) *Los derechos mineros que son transferibles, (...) **sí podrán transferirse de manera directa en los términos indicados en el convenio suscrito** (...);* y agrega que esto es posible en virtud que la empresa estatal extranjera está exenta al igual que la empresa pública local, de participar en un proceso de subasta.

Sobre dicha base, el informe jurídico concluye:

“(…) una empresa pública, titular de derechos mineros que en cumplimiento del inciso 6to. del artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas hubiere seleccionado directamente como su socio a otra empresa estatal extranjera **y hubiere suscrito un convenio en el que se incluyan compromisos para la cesión de derechos mineros, sí podrá transferir de manera directa, sin concurso, concesiones mineras de las que es titular, en los términos de los convenios suscritos.**” (Lo resaltado me corresponde)

b) **Análisis Jurídico:**

Con respecto a la selección de socios de empresas públicas, en pronunciamiento contenido en oficio No. 06885 de 8 de marzo de 2012, la Procuraduría General del Estado señaló al Gerente de la Empresa Pública Municipal de Aseo de Cuenca (EMAC EP) lo siguiente:

“(…) Del artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se establece que la única excepción al concurso público para la **selección de socios**, son los procesos de **asociación con otras empresas públicas o subsidiarias de éstas, de países que integran la comunidad internacional** y en aplicación de la regla 1 del artículo 7 del Código Civil, cuando el sentido de la Ley es claro, no se desatenderá su tenor literal”. (Lo resaltado me corresponde)

Considerando el pronunciamiento previo citado, para atender su segunda consulta corresponde analizar por una parte, las disposiciones de la LOEP y por otra, las de la Ley de Minería.

El citado artículo 35 de la LOEP, cuyo texto íntegro se citó al atender su primera consulta, regula la capacidad asociativa de las empresas públicas y en su quinto inciso prevé que “(...) *No requerirán de concursos públicos los procesos de asociación con otras empresas públicas o subsidiarias de éstas, de países que integran la comunidad internacional*”.

Concordante, el artículo 29 de la Ley de Minería expresa:

“Art. 29.- Del remate y subasta pública para el otorgamiento de concesiones mineras.- El Ministerio sectorial convocará a subasta pública para el otorgamiento de toda concesión minera metálica. Asimismo, convocará a remate público para el otorgamiento de concesiones mineras sobre áreas de concesiones caducadas o que hayan sido devueltas o revertidas al Estado, en el que participarán los peticionarios y presentarán sus respectivas ofertas de conformidad con el procedimiento que establezca el Reglamento General de esta ley.

Se exceptúan de los procesos de subasta o de remate público, mencionados en el inciso anterior, el otorgamiento de concesiones mineras, que conforme el artículo 31 de esta Ley, efectúe el Estado por intermedio del Ministerio Sectorial, respecto de áreas de las que dispusiere, mediante delegación a empresas estatales extranjeras o sus subsidiarias, compañías de economía mixta o a consorcios en las que éstas tengan participación mayoritaria (...). (Lo resaltado me corresponde)

Por su parte, el artículo 30 de la Ley de Minería define a la concesión minera como un acto administrativo y prevé la posibilidad de transferirla previa calificación de idoneidad del cesionario; el artículo 31 de la misma ley establece los derechos del titular de la concesión y señala el procedimiento para el otorgamiento de concesiones mineras;²³ y el artículo 125 establece los requisitos para la cesión y transferencia de los derechos mineros en general, entre ellos, la autorización de la ARCOM. Los citados artículos 30 y 125 de la Ley de Minería, prescriben, en su orden:

“Art. 30.- Concesiones mineras.- El Estado podrá excepcionalmente delegar la participación en el sector minero a través de las concesiones. **La concesión minera es un acto administrativo que otorga un título minero**, sobre el cual el titular tiene un derecho personal, que **es transferible previa la calificación obligatoria de la idoneidad del**

²³ “Art. 31.- Otorgamiento de concesiones mineras.- El Estado otorgará excepcionalmente concesiones mineras a través de un acto administrativo a favor de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas, mixtas o privadas, comunitarias, asociativas y de auto gestión, conforme a las prescripciones de la Constitución de la República, esta ley y su reglamento general.

El título minero sin perder su carácter personal confiere a su titular el derecho exclusivo a prospectar, explorar, explotar, beneficiar, fundir, refinar, comercializar y enajenar todas las sustancias minerales que puedan existir y obtenerse en el área de dicha concesión, haciéndose beneficiario de los réditos económicos que se obtengan de dichos procesos, dentro de los límites establecidos en la presente normativa y luego del cumplimiento de sus obligaciones tributarias, el concesionario minero solo puede ejecutar las actividades que le confiere este título una vez cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 26.

El título minero constituirá un título valor de acuerdo a las regulaciones que al efecto dicte la Superintendencia de Compañías y la Superintendencia de Bancos, una vez que las reservas mineras contenidas en la concesión sean debidamente valorizadas por la Agencia de Regulación y Control Minero en los términos del respectivo Reglamento de Calificación de Recursos y Reservas Mineras.

El otorgamiento de concesiones mineras no metálicas y de materiales de construcción no estarán sujetas al remate y subasta pública referidos en esta Ley, el reglamento General establecerá el procedimiento para tal efecto, el mismo que en forma explícita deberá contener los requerimientos de solvencia técnica, económica, montos de inversión, ubicación, área, plazos para el desarrollo de actividades de exploración y explotación, beneficio, responsabilidad social, y destino.

El testaferrismo será sancionado de conformidad al Código Penal vigente”.

cesionario de los derechos mineros por parte del Ministerio Sectorial, y sobre éste se podrán establecer prendas, cesiones en garantía y otras garantías previstas en las leyes, **de acuerdo con las prescripciones y requisitos contemplados en la presente ley y su reglamento general.**

La inscripción de la transferencia del título minero será autorizada por la **Agencia de Regulación y Control Minero** una vez que reciba la comunicación de parte del concesionario informando la cesión de sus derechos mineros, de acuerdo al **procedimiento y los requisitos establecidos** en el reglamento general de esta ley. Dicho acto se perfeccionará con la inscripción en el Registro Minero.

El Estado, con los informes legales correspondientes **autorizará la transferencia del título minero** por lo menos luego de transcurridos dos años de su otorgamiento. (...). (Lo resaltado me corresponde).

“Art. 125.- Derechos transferibles.- Los derechos mineros en general son **susceptibles de cesión y transferencia, previa autorización de la Agencia de Regulación y Control Minero**, y de libre transmisibilidad por causa de muerte. Dichas transferencias se perfeccionan con la inscripción en el libro correspondiente del Registro Minero a cargo de la Agencia de Regulación y Control Minero; Los derechos de registro se fijarán en el Reglamento General de esta ley.

La **cesión y transferencia de derechos que emanen de una concesión minera, será nula y no tendrá valor alguno si no precede la autorización de la Agencia de Regulación y Control Minero**, sin perjuicio de la declaración de caducidad según lo previsto en la presente ley”. (Lo resaltado me corresponde)

Del tenor del quinto inciso del artículo 35 de la LOEP se advierte que el ordenamiento jurídico ecuatoriano prevé una excepción en beneficio de las empresas públicas o subsidiarias de éstas, que integran la comunidad internacional, que las libera de los procesos de selección de socios.

En cuanto a lo dispuesto por el segundo inciso del artículo 29 de la Ley de Minería, con relación al otorgamiento de concesiones mineras se exceptúa del procedimiento de subasta o remate público efectuados por el Estado (a través del Ministerio Sectorial, respecto de áreas de las que dispusiere, mediante delegación) a las empresas estatales extranjeras o sus subsidiarias, compañías de economía mixta o a consorcios en las que éstas tengan participación mayoritaria.

Adicionalmente, la Ley de Minería dispone en el inciso tercero de su artículo 30, que es el Estado quien autoriza la transferencia de un título minero; en tal contexto, de acuerdo con el primer inciso del mismo artículo, corresponde al Ministerio Sectorial calificar la idoneidad del cesionario de derechos mineros y según el primer inciso del artículo 125 de la misma ley, a la Agencia de Regulación y Control Minero (ARCOM) compete emitir la autorización previa, sin la cual cualquier transferencia será nula.

En armonía con lo examinado, se observa que, conforme lo dispuesto por el segundo inciso del artículo 29 de la Ley de Minería, la excepción que permite la transferencia directa de una concesión minera, se refiere a empresas estatales extranjeras o sus subsidiarias, compañías de economía mixta o a consorcios en las que éstas tengan participación mayoritaria, cumpliendo los demás requisitos previstos en esa ley.

Consecuentemente, respecto de su segunda consulta se concluye que, de conformidad con los artículos 12, 29 y 125 de la Ley de Minería, las empresas públicas que sean titulares de derechos mineros, en el contexto de una asociación celebrada con otras empresas públicas extranjeras, pueden transferir concesiones mineras de manera directa, sin concurso público, debiendo cumplir al efecto los demás requisitos previstos en los artículos 30 y 125 de la Ley de Minería, esto es la calificación previa y obligatoria de la idoneidad del cesionario de los derechos mineros por parte del Ministerio Sectorial y la autorización de la ARCOM.

Los pronunciamientos del Procurador General del Estado se limitan a la inteligencia y aplicación general de las normas jurídicas. Por tanto es responsabilidad del Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables, en su calidad de ente Rector en la materia, del Directorio de la ENAMI EP y su Gerente General, precautelar la legitimidad y oportunidad de las decisiones que se adopten en los casos concretos respecto a la participación del Estado en proyectos mineros concesionados a dicha empresa, considerando los principios de preservación y control de la propiedad estatal previstos en el artículo 3 de la LOEP, y asegurando las condiciones de participación mayoritaria del Estado en el sector estratégico, de conformidad con el segundo inciso del artículo 408 de la Constitución de la República que dispone: *“El Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota”*.

AUTORIZACIONES AMBIENTALES EN EL SECTOR ELÉCTRICO: COMPETENCIAS

Oficio PGE No. 01386 de 18-05-2018

CONSULTANTE: EMPRESA PÚBLICA ESTRATÉGICA CORPORACIÓN ELÉCTRICA DEL ECUADOR CELEC EP.

CONSULTA:

“En aplicación del Art. 8 de la Ley Ambiental, que determina que la autoridad ambiental nacional competente es el Ministerio del Ambiente, en concordancia con el artículo el Art. 1 numeral 13 que señala que El Estudio de Impacto Ambiental y el Plan de Manejo Ambiental, deberán basarse en el principio de lograr el nivel de actuación más adecuado al respectivo espacio o recurso a proteger, a través de la acción más eficaz como bien lo contempla el ‘Texto Unificado de Legislación Secundaria de Medio Ambiente’ (TULSMA), en virtud de los artículos 78 y 79 de la LOSPEE, es competente el Ministerio del Ambiente para aplicar en los trámites de las licencias y autorizaciones ambientales en el Sector Eléctrico el ‘Texto Unificado de Legislación Secundaria de Medio Ambiente’ (TULSMA)”.

BASE LEGAL:

Constitución de la República del Ecuador: Arts. 14, 71, 73, 226, 395, 396 y 397.

Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica: Arts. 78, 79 y Disp. Transitoria Tercera

Ley de Régimen del Sector Eléctrico: Arts. 3, 12, 13; y, 15 de su Reglamento. (Derogada).

Ley de Gestión Ambiental: Art. 8, 19 y 20.

Reglamento Ambiental para Actividades Eléctricas: Arts. 1, 7, 17, 20, 22, 26, 27, 28, 29, 30 y 37. (Derogada).

Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente: Arts. 1, 8, 19, 249, 252, 260, 261, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 274 y Disposición General Tercera del Libro VI.

Resolución del Ministerio del Ambiente No. 197 de 20 de abril de 2015, publicada en el Registro Oficial No. 487 de 24 de abril de 2015, Art. 4.

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

A fin de contar con elementos de juicio necesarios para atender este requerimiento, mediante oficio No. 00820 de 9 de abril de 2018, se solicitó el criterio institucional del Ministerio del Ambiente, lo cual fue atendido por la Coordinadora General Jurídica de la referida Cartera de Estado, mediante oficio No. MAE-CGJ-2018-0338-O de 26 de abril de 2018, ingresado en la misma fecha a esta Procuraduría.

Adicionalmente, mediante oficio No. 00821 de 9 de abril de 2018 e insistencia contenida en el oficio No. 01124 de 3 de mayo de 2018, se requirió el criterio institucional del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, habiendo recibido respuesta a través del oficio No. MEER-DM-2018-0265-OF de 3 de mayo de 2018, suscrito por el Ministro de Electricidad y Energía Renovable, Encargado, ingresado a la Procuraduría General del Estado el 9 del mismo mes y año y al que se adjunta el memorando No. MEER-CGJ-2018-0269-ME de 23 de abril de 2018, suscrito por la Coordinadora General Jurídica, Encargada, que contiene el criterio institucional de dicho Portafolio.

El informe jurídico de la Empresa Pública Estratégica Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP, consta en el documento sin fecha ni número, denominado "CRITERIO JURÍDICO – APLICACIÓN DE NORMATIVA PARA EL ÁMBITO AMBIENTAL", suscrito por el Director Jurídico de la empresa consultante, que se ha remitido como anexo al oficio de consulta, en el que se señalan como antecedentes los relacionados con la evolución normativa de la materia consultada y se transcriben

como fundamentos jurídicos los artículos 3, 12 y 13 de la derogada Ley de Régimen del Sector Eléctrico y 15 de su Reglamento, relacionados con las atribuciones que le competían al extinto CONELEC; los artículos 1, 7, 17, 20, 22, 26, 27, 28, 29, 30 y 37 del Reglamento Ambiental para Actividades Eléctricas; los artículos 78, 79 y Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica; y, los artículos 8, 19 y 20 de la Ley de Gestión Ambiental, derogada por el Código Orgánico del Ambiente, pero vigente a la fecha en que se presentó la consulta.

Además, en el informe del Director Jurídico de la empresa consultante, como argumentos jurídicos, se citan los artículos 1, 8, 19, 249, 252, 260, 261, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 274 y Disposición General Tercera del Libro VI del Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente y el artículo 4 de la Resolución del Ministerio del Ambiente No. 197 de 20 de abril de 2015, publicada en el Registro Oficial No. 487 de 24 de abril de 2015, en base de los cuales efectúa el siguiente análisis legal:

“Para un correcto análisis es necesario partir de un punto, en este sentido, resulta pertinente la aplicación de las normas que más favorezcan la plena vigencia de los derechos y principios pro naturaleza, como de la normativa que se ajuste a todo el ámbito legislativo ecuatoriano en la materia que se trata, pero sobretodo es necesario recalcar que las normas inferiores deberán guardar concordancia con las superiores, su espíritu como naturaleza y con base en todo lo expuesto se colige y evidencia la existencia de una contraposición entre cuerpos normativos que regulan una misma materia.

A manera de síntesis en la especie, si bien las normas del Reglamento Ambiental para Actividades Eléctricas (RAAE) se encuentran vigentes, fueron expedidas en base y fundamento de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico y su Reglamento General, normativa que a la fecha actual se encuentra derogada, tomando en cuenta que estos cuerpos normativos en su momento daban una serie de competencias, atribuciones y responsabilidades al ex CONELEC, entre ellas las de seguimiento y control ambiental, sin embargo esta entidad pasó a ser el actual ARCONEL y no solo un cambio institucional en cuanto al nombre, la normativa que era la base de constitución y funcionamiento del CONELEC fue derogada o inaplicable artículos 17, 20, 22, 26, 27, 28, 29, 30 y 37, tal y como se menciona en la base legal del presente, evidenciando claramente que la nueva normativa direcciona y textualmente establece que todos los procesos ambientales de las actividades eléctricas, regresan a la autoridad competencia (sic) de la Autoridad Ambiental Nacional art. 78 LOSPEE y ésta última, sujeta a la aplicación de normas constantes en el (sic) Arts. 8, 19, 20 de la Ley de Gestión Ambiental, y en legislación secundaria del Ministerio del Ambiente.

Por ello, el CONELEC no solo pasó a ser el actual ARCONEL, sino que dejó de tener la competencia que en su momento poseía para todo los trámites medio ambientales y por ello el Reglamento Ambiental para Actividades Eléctricas (RAAE) se vuelve inaplicable, además jurídicamente guarda una evidente contraposición con el espíritu, naturaleza y el texto legal de los cuerpos normativos actuales, al igual que con la competencia del nuevo ente, este último, la Autoridad Ambiental Nacional, es decir, el Ministerio del Ambiente”.

Luego del análisis transcrito, el Director Jurídico de la Empresa Pública a su cargo, concluye con el siguiente criterio jurídico:

“Por lo expuesto, se concluye que la competencia para todos los trámites medio ambientales corresponde al Ministerio del Ambiente, incluyendo los relacionados con la tramitación de las licencias y autorizaciones ambientales, por lo que, el Ministerio del Ambiente es quien deberá tramitar las solicitudes de CELEC EP, en aplicación de la Ley de Gestión Ambiental en aplicación de los Arts. 8, 19, 20, así como el ‘Texto Unificado de Legislación Secundaria de Medio Ambiente’ (TULSMA) en el LIBRO VI, tomando en cuenta que en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza, siendo esta última normativa la que plantea los lineamientos ambientales ecuatorianos y por ende para los trámites mencionados vigentes a la presente fecha”.

La Coordinadora General Jurídica del Ministerio del Ambiente, en el criterio institucional constante en el oficio No. MAE-CGJ-2018-0338-O de 26 de abril de 2018, ingresado en la misma fecha a esta Procuraduría, cita como argumentos jurídicos los artículos 14, 71, 73, 226, 395, 396 y 397 de la Constitución de la República; los artículos 78, 79 y Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica; los artículos 19 y 20 de la Ley de Gestión Ambiental, vigente a la época en que se presentó la consulta; los artículos 1, 17, 20, 22, 26, 27, 28, 29, 30 y 37 del Reglamento Ambiental para Actividades Eléctricas; los artículos 1, 8, 19, 249, 252, 260, 261, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 274 y Disposición General Tercera del Libro VI del Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente; y, el artículo 4 de la Resolución del Ministerio de Ambiente No. 197 de 20 de abril de 2015, publicada en el Registro Oficial No. 487 de 24 de abril de 2015, en base de los cuales concluye lo siguiente:

“De lo expuesto y considerando que la consulta planteada si destaca la contradicción existente entre el Reglamento Ambiental de Actividades Eléctricas y el Libro VI del Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente, entre otras cosas por cuanto el primero fue expedido en base de una Ley que fue derogada, esta Cartera de Estado considera pertinente el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado a fin de absolver la consulta planteada por la Empresa Pública Estratégica Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP, **a fin de determinar que esta Cartera de Estado en ejercicio de sus competencias puede aplicar el Libro VI del Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente en los procesos de regularización y control ambiental de los proyectos, obras o actividades del sector eléctrico a pesar de que se encuentra vigente el Reglamento Ambiental de Actividades Eléctricas**”.

Por su parte, la Coordinadora General Jurídica, Encargada del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, en el memorando No. MEER-CGJ-2018-0269-ME de 23 de abril de 2018 cita la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica; la Disposición General Única de la Resolución No. 197 del Ministerio del Ambiente, los artículos 23 y 24 numeral 5 y la Disposición Final Única del Código Orgánico del Ambiente, en base de los cuales concluye con el siguiente criterio institucional:

“En base a la normativa señalada, se puede determinar que el Código Orgánico Ambiental vigente desde el 12 de abril de 2018, en los artículos 23 y 24, establece que la Autoridad Ambiental Nacional es el Ministerio del Ambiente, a quien le corresponde la Rectoría, Planificación, Regulación, Control, Gestión, Otorgamiento y Suspensión de la acreditación ambiental.

En el mismo contexto, los artículos 78 y 79 de la Ley Orgánica de Servicio Público de Energía Eléctrica, prescriben que la Protección del Ambiente y los Permisos Ambientales dependen de la Categorización Ambiental que establezca la Autoridad Ambiental Nacional.

La disposición transitoria tercera de la referida Ley, dispone que todos los procesos para la obtención de permisos ambientales a cargo del CONELEC (actual ARCONEL), tienen un plazo para el traspaso a la Autoridad Ambiental Nacional, por lo que una vez transcurrido dicho plazo le corresponde a dicha Autoridad pronunciarse al respecto.

Por lo tanto, es criterio de esta Cartera de Estado que a partir de la vigencia de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, los nuevos trámites que ingresen posterior a dicha vigencia, para el otorgamiento de los permisos ambientales y que tengan relación con el servicio público de energía eléctrica, deben ser tramitados en el Ministerio del Ambiente, en su calidad de Autoridad Nacional Ambiental, siendo ésta entidad gubernamental quien debe otorgar las licencias y autorizaciones ambientales, conforme las disposiciones que constan en el Código Orgánico del Ambiente y demás normativa ambiental que se encuentre vigente y que no se oponga a las disposiciones del COA”.

La Ley de Régimen del Sector Eléctrico²⁴, derogada por la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica²⁵, estableció el Consejo Nacional de Electricidad CONELEC y le asignó entre otras funciones la de regular el sector eléctrico y velar por el cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y demás normas técnicas de electrificación del país, así como dictar regulaciones a las cuales debían ajustarse todos los actores del sector eléctrico, en materia de seguridad, protección del medio ambiente, normas y procedimientos técnicos, de conformidad con lo dispuesto en las letras a) y e) del artículo 13 de la indicada Ley. En similar sentido, el artículo 15 del Reglamento General de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, señalaba las atribuciones del CONELEC.

El Reglamento Ambiental para Actividades Eléctricas²⁶, en su artículo 1 establece su ámbito de aplicación, en los siguientes términos:

“Art. 1.- Ámbito.

El presente reglamento establece los procedimientos y medidas aplicables al Sector Eléctrico en el Ecuador, para que las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, en todas sus etapas: construcción, operación - mantenimiento y retiro, se realicen de manera que se prevengan, controlen, mitiguen y/o compensen los impactos ambientales negativos y se potencien aquellos positivos”.

Con fecha 16 de enero de 2015, se promulgó la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, que en sus artículos 78 y 79, y en la Disposición Transitoria Tercera prescriben lo siguiente:

24 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 43 de 10 de octubre de 1996.

25 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 16 de enero de 2015.

26 Expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 1761, publicado en el Registro Oficial No. 396 de 23 de agosto de 2001.

“Art. 78.- Protección del ambiente.- Corresponde a las empresas eléctricas, sean éstas públicas, mixtas, privadas o de economía popular y solidaria, y en general a todos los participantes del sector eléctrico en las actividades de generación, autogeneración, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica, cumplir con las políticas, normativa y procedimientos aplicables según la categorización establecida por la Autoridad Ambiental Nacional, para la prevención, control, mitigación, reparación y seguimiento de impactos ambientales en las etapas de construcción, operación y retiro.

Art. 79.- Permisos ambientales.- Las empresas que realicen actividades dentro del sector eléctrico, están obligadas a obtener y mantener previamente los permisos ambientales de acuerdo con la categorización ambiental que establezca la Autoridad Ambiental Nacional.

Tercera.- Procesos de permisos ambientales.- Todos los procesos para la obtención de permisos ambientales a cargo del CONELEC, en cualquier etapa que se encuentren, deberán continuar sobre la base de la normativa vigente a la fecha de aceptación de su solicitud, en lo que sea aplicable, hasta obtener el respectivo permiso. Una vez entre en vigencia la presente ley, los nuevos trámites para el otorgamiento de permisos ambientales serán responsabilidad de la Autoridad Ambiental Nacional. El traspaso de todos los procesos de permisos ambientales a la Autoridad Ambiental Nacional deberá darse en un plazo de ciento ochenta (180) días”.

De las disposiciones previamente transcritas, en lo principal, se desprende que corresponden a las empresas eléctricas y en general a todos los participantes del sector eléctrico, cumplir con las políticas, normativa y procedimientos aplicables según la categorización establecida por la Autoridad Ambiental Nacional, para la prevención, control, mitigación, reparación y seguimiento de impactos ambientales en las etapas de construcción, operación y retiro; y que, igualmente se encuentran obligadas a obtener previamente y mantener los permisos ambientales. Adicionalmente, los procesos para la obtención de permisos ambientales que estaban a cargo del CONELEC, continuarán con la normativa vigente a la fecha de aceptación de su solicitud, en lo que sea aplicable, hasta obtener el respectivo permiso mientras los nuevos trámites para el otorgamiento de permisos ambientales serán responsabilidad de la Autoridad Ambiental Nacional, para lo cual se estableció un plazo de ciento ochenta (180) días, a fin de que opere el traspaso a la Autoridad Ambiental Nacional.

Es pertinente citar la Disposición Derogatoria de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, que prevé lo siguiente: “Deróguense todas las normas legales de igual o menor jerarquía que se opongan o no guarden conformidad con las disposiciones de esta ley (...)”, a la vez que señala de manera expresa la Ley de Régimen del Sector Eléctrico y su Reglamento General. De lo manifestado, se puede inferir que el Reglamento Ambiental para Actividades Eléctricas, sería aplicable en todo aquello que no se contraponga a la indicada Ley Orgánica.

El Código Orgánico del Ambiente fue promulgado en el Suplemento del Registro Oficial No. 983 de 12 de abril de 2017, pero por mandato de su Disposición Final Única, entró en vigencia luego de transcurridos doce meses contados a partir de su publicación y desde entonces, quedó derogada la Ley de Gestión Ambiental.

El artículo 23 del Código Orgánico del Ambiente dispone que el Ministerio del Ambiente será la

Autoridad Ambiental Nacional y en esa calidad le corresponde la rectoría, planificación, regulación, control, gestión y coordinación del Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental y entre las competencias que le asigna el artículo 24 *ibídem*, consta en su numeral 5 la de emitir lineamientos y criterios para otorgar y suspender la acreditación ambiental, así como su control y seguimiento.

De lo dicho, se desprende que, a partir de la vigencia de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, es competencia de la Autoridad Ambiental Nacional, el otorgamiento de permisos ambientales a favor de las empresas eléctricas, sean éstas públicas, mixtas, privadas o de economía popular y solidaria, y en general a todos los participantes del sector eléctrico en las actividades de generación, autogeneración, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica y que según las previsiones del Código Orgánico del Ambiente, la calidad de Autoridad Ambiental Nacional le corresponde al Ministerio del Ambiente.

El Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente, del cual se citan varios artículos en su consulta, inicialmente fue expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 3516, publicado en la Edición Especial del Registro Oficial No. 2 de 31 de marzo de 2003, pero el vigente Libro VI denominado “DE LA CALIDAD AMBIENTAL”, fue reformado mediante Acuerdo Ministerial No. 061 de 7 de abril de 2015, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 316 de 4 de mayo de 2015.

Por su parte, la Disposición General Tercera²⁷ del Libro VI del Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente prevé lo siguiente

“TERCERA.- El Régimen establecido en este Libro es de carácter general, en tal virtud, aplica a todas las actividades que no cuenten con normativa específica y se aplicará de forma complementaria a las actividades que cuentan con normativa específica”.

De la cita anterior se desprende que, al existir normativa específica en el Reglamento Ambiental de Actividades Eléctricas, el cual se encuentra vigente en todo cuanto no se oponga a la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, por mandato expreso de la Disposición General Tercera del Libro VI del Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente, éste se aplica en forma complementaria al Reglamento Ambiental para Actividades Eléctricas, que rige para dicha área.

La esfera de competencia de la Procuraduría General del Estado se circunscribe a 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 aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos, de conformidad con 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, en armonía con lo resuelto por la Corte Constitucional para el período de transición, en la Sentencia No. 002-09-SAN-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 566 de 8 de abril de 2009, en la que manifestó que: “(...) el señor Procurador General del Estado en adelante, deberá abstenerse de emitir dictámenes en los que se haga interpretación de normas constitucionales (...)”.

²⁷ Disposición sustituida por Acuerdo Ministerial No. 61, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 316 de 4 de mayo del 2015.

En consecuencia, de existir diferencias entre la normativa del Reglamento Ambiental de Actividades Eléctricas y del Título VI del Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente, que conforme se señala tanto en el oficio de consulta, como en el informe jurídico que lo acompaña y en el criterio institucional del Ministerio del Ambiente, dicho Texto contiene disposiciones más rigurosas, no le corresponde a la Procuraduría General del Estado ponderar principios constitucionales tales como el de jerarquía normativa, establecido en el artículo 425 de la Constitución de la República o el principio de aplicación de las normas en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza, conforme el numeral 4 del artículo 395 *Ibídem*.

En base del análisis jurídico precedente, en atención a los términos de su consulta y en virtud de los artículos 78 y 79 de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, así como de los artículos 23 y 24 numeral 5 del Código Orgánico del Ambiente, se concluye que le corresponde al Ministerio del Ambiente en calidad de Autoridad Ambiental Nacional, sustanciar y resolver sobre los trámites de las licencias y autorizaciones ambientales en el Sector Eléctrico, siendo competencia de dicha Cartera de Estado aplicar el “Texto Unificado de Legislación Secundaria de Medio Ambiente (TULSMA)”, sin contrariar normas jerárquicamente superiores.

COMPETENCIA PARA CONOCER Y RESOLVER LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS DE REVISIÓN QUE INTERPONGAN LOS CONTRATISTAS: CONTRATACIÓN PÚBLICA

Oficio PGE No. 01381 de 18-05-2018

ENTIDAD CONSULTANTE: UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN, UNAE

CONSULTA:

“¿En la ejecución de un contrato sujeto a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, donde la UNAE interviene como Contratante, el Contratista como administrado puede interponer el Recurso Extraordinario de Revisión de un acto o resolución firme emitido por el máximo órgano colegiado de la Universidad, en aplicación del artículo 178 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva –ERJAFE-; y, la Comisión Gestora tiene competencia para conocerlo y resolver sobre el mismo?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador: Arts. 76 núm. 7, lit. m), 173, 226, 355 y 426.

Código Orgánico Administrativo, Arts. 1, 42 y 43.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: Arts. 95, 102 y 103.

Ley de Creación de la Universidad Nacional de Educación UNAE: Disp. Transitoria Primera inc. Tercero.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva: Arts. 69, 76, 77, 118 núm. 1, 178 y Disp. General Tercera.

Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: Arts. 150 al 159

Reglamento a la Ley Orgánica de Educación Superior: Art. 39

Resolución No. 72, SERCOP: Art. 2 núms. 60 y 61.

Pronunciamiento del Procurador General del Estado: Oficio No. 08992 de 30 de diciembre de 2016.

PRONUNCIAMIENTO:

El informe jurídico de la Procuradora de la entidad consultante, contenido en memorando No. UNAE-PROC-2018-0179-M de 2 de mayo de 2018, cita los artículos 76 numeral 7, letra m); 173, 226, 355 y 426 de la Constitución de la República que establecen en su orden: el derecho a la defensa y en tal contexto la garantía de recurrir en todos los procedimientos; la impugnabilidad de los actos administrativos en vía administrativa o judicial; el principio de legalidad; la autonomía de las universidades; y la obligación de las autoridades de aplicar directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

El referido informe invoca adicionalmente, los artículos 102 y 103 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; 150 y 151 de su Reglamento General, que regulan las reclamaciones y recursos en esa materia, aplicables en sede administrativa; así como los artículos 178 y la Disposición General Tercera del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.

Expone la Procuradora de la UNAE que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece los recursos de impugnación aplicables al procedimiento de selección del contratista; y, que la Ley Orgánica de Educación Superior y sus reglamentos, no cuentan con disposiciones que regulen el procedimiento administrativo de revisión aplicable a actos administrativos expedidos dentro del proceso de ejecución de un contrato. Sobre dicha base normativa, el informe jurídico de la entidad consultante manifiesta y concluye lo siguiente:

“En armonía con las disposiciones constitucionales enunciadas, fundamentalmente el artículo 226 y, las normas que a continuación se analizan, se concluye que, en los casos que se encuentran expresamente regulados los recursos administrativos de impugnación de las resoluciones adoptadas por las instituciones de Educación Superior, no es jurídicamente

aplicable el ERJAFE, sin embargo, en aquellos casos en que no se hallan regulados por la LOES y las normas específicas que rigen para la Universidad Nacional de Educación (siendo el caso de recursos ante actos administrativos definitivos adoptados durante el proceso de ejecución de un contrato administrativo, donde el administrado considera que lesionan sus derechos), son jurídicamente aplicables las normas sobre procedimiento administrativo contenidas en el ERJAFE de manera supletoria según lo prescribe la Disposición General Tercera de este Estatuto.

(...)

CONCLUSIÓN FINAL.-

El Recurso Extraordinario de Revisión establecido por el artículo 178 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, constituye una de las formas de impugnar administrativamente cualquier acto emanado de las autoridades del Estado y, también, de la Universidad Nacional de Educación; esto último, por cumplirse la condición prevista en la antes referida Disposición General Tercera del ERJAFE; por lo cual, la Comisión Gestora de la UNAE tiene competencia para conocer y resolver dicho recurso”.

Para analizar el tema sobre el que trata su consulta se debe considerar que, de acuerdo con el artículo 173 de la Constitución de la República: “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”.

El artículo 178 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (en adelante ERJAFE), sobre cuya aplicación se refiere su consulta, está ubicado en el Libro II que trata sobre el “Procedimiento Administrativo Común de la Función Ejecutiva”, norma que regula específicamente el procedimiento de impugnación de actos administrativos, en sede administrativa, mediante el recurso extraordinario de revisión, estableciendo las causales por las que se debe interponer ese recurso y la autoridad a la que corresponde resolverlo. La norma dispone:

“Art. 178.- Recurso extraordinario de revisión.- Los administrados o los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma, en el caso de resoluciones expedidas por dichos órganos, por sus subordinados o por entidades adscritas, podrán interponer ante los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma la revisión de actos o resoluciones firmes cuando concurren alguna de las causas siguientes:

- a) Que hubieren sido dictados con evidente error de hecho o de derecho que aparezca de los documentos que figuren en el mismo expediente o de disposiciones legales expresas;
- b) Cuando con posterioridad aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al expedirse el acto o resolución que se trate;

c) Cuando en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios falsos declarados en sentencia judicial, anterior o posterior a aquella resolución; y,

d) Cuando la resolución se hubiere expedido como consecuencia de uno o varios actos cometidos por funcionarios o empleados públicos tipificados como delito y así declarados en sentencia judicial firme.

El recurso de revisión se podrá interponer en el plazo de tres años a partir del inicio de su vigencia en los casos de los literales a) y b), y de tres meses a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, siempre que no hayan transcurrido cinco años desde el inicio de la vigencia del acto de que se trate en los otros casos.

El órgano competente para la resolución del recurso podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite, cuando el mismo no se funde en alguna de las causas previstas en este artículo.

El órgano competente para conocer el recurso de revisión deberá pronunciarse no sólo sobre la procedencia del recurso, sino también, en su caso, sobre el fondo de la cuestión resuelta por el acto recurrido”.

La Disposición General Tercera del ERJAFE, prevé la aplicación supletoria de las normas de ese Estatuto que regulan el procedimiento administrativo, a las entidades autónomas del sector público, según el tenor de su texto que es el siguiente:

“Tercera.- Las entidades y organismos autónomos del sector público que no cuenten en sus leyes y reglamentos generales con disposiciones que establezcan y regulen el procedimiento administrativo, podrán aplicar de manera supletoria las disposiciones previstas en el Libro II del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva”.

Sobre la base de la citada Disposición General Tercera del ERJAFE, con respecto a la aplicación de los recursos de impugnación de actos administrativos, previstos por el Estatuto, a las entidades públicas de educación superior, esta Procuraduría se ha pronunciado en oficios Nos. 08992 de 30 de diciembre de 2016 y 10443 de 4 de mayo de 2017.

En el pronunciamiento No. 08992 de 30 de diciembre de 2016, al atender una consulta formulada por la Universidad Politécnica Estatal del Carchi, relacionada con el recurso extraordinario de revisión establecido por el artículo 178 del ERJAFE, este Organismo analizó la Ley Orgánica de Educación Superior y su Reglamento y concluyó lo siguiente:

“De acuerdo con el tenor literal de la Disposición citada²⁸, la aplicación supletoria del procedimiento administrativo reglado por el Libro II del ERJAFE, procede en el caso de falta de normas en las leyes y reglamentos que regulen a las respectivas entidades del sector público.

(...)

28 Disposición General Tercera del ERJAFE.

La LOES y su Reglamento no contienen normas sobre impugnación de actos administrativos en general, solamente establece en el penúltimo inciso de su artículo 207, que ante las sanciones disciplinarias, los estudiantes, profesores e investigadores, podrán interponer los recursos de reconsideración ante el Órgano Superior de la Institución o de apelación al Consejo de Educación Superior.

Por su parte, el Reglamento General a la LOES tampoco contiene disposiciones expresas a la impugnación y recursos que se puedan interponer ante los actos administrativos de las instituciones de educación superior; sin embargo, en su artículo 39 determina que el Consejo de Educación Superior expedirá el reglamento que norme el procedimiento para la imposición de sanciones a las instituciones o autoridades del sistema de educación superior.

(...) se concluye que, en los casos en los cuales se encuentran regulados expresamente los recursos administrativos de impugnación de las resoluciones adoptadas por las Instituciones de Educación Superior, no es jurídicamente procedente aplicar el ERJAFE; mientras que, según la Disposición General Tercera del citado Estatuto, las normas sobre procedimiento administrativo contenidas en su libro II se podrán aplicar de manera supletoria en lo no previsto por la LOES y los reglamentos específicos que rijan a los establecimientos de educación superior”.

El pronunciamiento contenido en oficio No. 10443 de 4 de mayo de 2017, también motivado en la Disposición General Tercera del ERJAFE, atendió varias consultas del Rector de la Universidad Técnica de Machala y reiteró la aplicación supletoria del Estatuto en materia de procedimiento administrativo, concluyendo lo siguiente:

“(...) el ERJAFE se puede aplicar en forma supletoria, conforme establece su Disposición General Tercera, a falta de reglamentación que cada Universidad hubiere expedido, en la que se regule en forma expresa la forma de calcular los periodos de tiempo en los procedimientos administrativos específicos.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, en aquellos casos en los que no exista normativa contenida en las reglamentaciones de cada Universidad, de acuerdo con la Disposición General Tercera del ERJAFE, se puede aplicar en forma supletoria el numeral 1 artículo 118 del ERJAFE para efectos de contabilizar como término integrado por días hábiles, el periodo de treinta días que dispone el artículo 207 de la LOES para que el órgano superior de la respectiva universidad sustancie y resuelva los procedimientos disciplinarios de estudiantes, docentes e investigadores sujetos a esa Ley”.

Con los antecedentes expuestos, para atender su consulta corresponde analizar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante LOSNCP) y su Reglamento General, a fin de identificar las normas en materia de recursos de impugnación en sede administrativa, y por tanto verificar si se cumple la premisa prevista por la Disposición General Tercera del ERJAFE, para la aplicación supletoria del procedimiento reglado por ese Estatuto, que en el caso que motiva la consulta, es la falta de normas que establezcan el recurso extraordinario de revisión y el procedimiento aplicable, para la impugnación de actos administrativos firmes expedidos por las entidades contratantes en la fase de ejecución de los contratos sujetos a la LOSNCP.

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

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

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

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

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

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

Concordante, el artículo 150 del Reglamento General a la LOSNCP, ubicado en su Título V “De las Reclamaciones y Controversias”, se refiere al derecho a reclamar que asiste a los “oferentes” durante la fase precontractual o de adjudicación, conforme se aprecia de su tenor que es el siguiente:

“Art. 150.- Derecho a reclamar.- Los oferentes que se consideren afectados en sus intereses por actos administrativos emitidos por las entidades previstas en el artículo 1 de la Ley, por asuntos relacionados con su oferta, respecto al trámite precontractual o de la adjudicación, tendrán derecho a presentar las reclamaciones de conformidad al procedimiento previsto en el presente capítulo”.

En el contexto de las reclamaciones que pueden formular los oferentes, el artículo 151 del Reglamento General a la LOSNCP establece el recurso de reposición y los artículos 152 al 159 de ese Reglamento prevén el término para su interposición y los requisitos de ese recurso que, conforme al artículo 150 *Ibidem*, está referido a los actos administrativos emitidos dentro del trámite precontractual o de la adjudicación.

De igual manera, los numerales 60 y 61 del artículo 2 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP²⁹, definen al reclamo y al recurso de apelación, como petitorios presentados por quienes tengan “interés directo en un determinado procedimiento precontractual”.

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

En sentencia de casación, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, examinó los artículos 76 y 77 del ERJAFE; y a partir de dichas normas, la doctrina de los actos separables en la formación de la voluntad administrativa en materia contractual, que permite individualizar y diferenciar los actos administrativos y los actos convencionales que surgen del contrato administrativo, sobre lo cual expresó lo siguiente:

“(...) En efecto, los artículos 76 y 77 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva permiten afirmar que el ordenamiento jurídico ecuatoriano reconoce la doctrina de los actos separables en la formación de la voluntad de la administración en los contratos administrativos, y la posibilidad de su judicialización, atendiendo su individualidad y naturaleza. Así, la primera de las normas referidas establece que: ‘Los actos, los hechos, los reglamentos y los actos de simple administración, producidos, dictados o ejecutados en la preparación de la voluntad administrativa contractual se consideran incorporados unitariamente, aunque de manera separable, al procedimiento administrativo de conformación de dicha voluntad. A ellos son aplicables en consecuencia las normas de procedimiento administrativo tanto para la formación de la voluntad administrativa como su impugnación’ (El subrayado es de la Sala). En tanto que el artículo 77 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva señala que: ‘Las diferentes manifestaciones jurídicas que han intervenido en la formación y ejecución de un contrato administrativo son susceptibles de ser impugnadas en sede administrativa o judicial de conformidad con este estatuto y la ley respectiva’ (El subrayado es de la Sala)”.³⁰

Los artículos 76 y 77 del ERJAFE, conservan sus textos y, por tanto, el análisis efectuado en el fallo previamente citado es aplicable a la materia sobre la que trata la consulta; en consecuencia, individualizados los actos administrativos que expiden las entidades contratantes y diferenciados de aquellos que surgen de la voluntad común de las partes contratantes, se concluye que es procedente la impugnación de los primeros, esto es de los actos administrativos expedidos en el contexto de un contrato.

El artículo 69 del ERJAFE, prevé la impugnación de los actos administrativos en sede administrativa conforme a ese Estatuto, cuyas normas de procedimiento son aplicables a todas las entidades del sector público conforme a la Disposición General Tercera *Ibidem*, en forma supletoria, esto es cuando las leyes que las rigen no contengan normas de procedimiento administrativo, y hasta

29 Resolución No. 72, no publicada en Registro Oficial, consta en documento institucional del SERCOP.

30 Expediente de Casación No. 90, Suplemento del Registro Oficial No. 10 de 16 de enero de 2008, considerando Quinto.

que empiece a regir el Código Orgánico Administrativo³¹ (COA), que regulará esa materia y al que estarán sujetas todas las entidades del sector público, según sus artículos 1, 42 y 43.

Del tenor del artículo 178 del ERJAFE que fue transcrito en los antecedentes, se observa que, la competencia para conocer y resolver el recurso extraordinario de revisión, corresponde a los ministros de Estado, así como a otros órganos unipersonales o colegiados, cuando en ellos se configura el carácter de máxima autoridad de la respectiva entidad, que en el caso de la Universidad Nacional de Educación es su Comisión Gestora, según la Disposición Transitoria Primera de su Ley de Creación.

Del análisis jurídico efectuado se concluye que, en un contrato sujeto a la LOSNCP, se pueden identificar, diferenciar y separar los actos administrativos que expiden las entidades contratantes en ejercicio de las competencias que esa ley les asigna, actos administrativos que pueden ser objeto de impugnación en vía administrativa y en sede judicial de acuerdo con el artículo 173 de la Constitución de la República. La impugnación de los actos administrativos que surgen de un contrato, consta prevista también por los artículos 76 y 77 del ERJAFE.

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

En atención a los términos de su consulta se concluye que, los contratistas pueden interponer el recurso extraordinario de revisión de acuerdo con el artículo 178 del ERJAFE, aplicable en forma supletoria a la LOSNCP, conforme a la Disposición General Tercera de ese Estatuto, para impugnar los actos administrativos expedidos durante la fase de ejecución de los contratos, correspondiendo su resolución a la máxima autoridad de la respectiva entidad contratante.

De acuerdo con el tercer inciso de la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Creación de la Universidad Nacional de Educación UNAE, la Comisión Gestora de esa entidad es su máxima autoridad por el período ahí previsto y en tal calidad, según el artículo 178 del ERJAFE, tiene competencia para conocer y resolver los recursos extraordinarios de revisión que interpongan los contratistas, respecto de actos administrativos expedidos durante la etapa de ejecución de contratos sujetos a la LOSNCP.

Es de exclusiva responsabilidad de la entidad consultante y sus personeros, la calificación en los casos concretos, de los presupuestos jurídicos que motiven la interposición del recurso extraordinario de revisión, así como la resolución que sobre ellos adopte.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas; no es

31 Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017. Según su Disposición Final, el Código Orgánico Administrativo entrará en vigencia luego de transcurridos doce meses, contados a partir de su publicación en el Registro Oficial.

facultad de la Procuraduría General del Estado determinar las competencias administrativas de las instituciones que conforman el sector público.

CONTRIBUCIÓN DE ÁREAS VERDES, COMUNITARIAS Y VÍAS: PREDIOS URBANOS Y RURALES, FRACCIONAMIENTO O DIVISIÓN CON LA FINALIDAD DE SER URBANIZADOS O LOTIZADOS

Oficio PGE No. 00155 de 16-02-2018

CONSULTANTE: GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN SAN MIGUEL DE URCUQUÍ

CONSULTAS:

1. “Aclare sobre si la aplicación del artículo 424 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, es aplicable únicamente a proyectos de urbanizaciones y sobre la excepción establecida en el inciso segundo de la misma disposición legal”.
2. “Si es o no procedente exigir en áreas urbanas el porcentaje de área verde o compensación en dinero en favor de la municipalidad sobre predios independientemente de su superficie que no se destinen a urbanizaciones, tales como sucesiones hereditarias, donaciones o ventas”.
3. “¿En qué casos la municipalidad deberá exigir área verde o compensación de dinero por fraccionamientos rurales y urbanos?”.

BASE LEGAL:

Constitución de la República de la república: Art. 226.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización: Arts. 54 lit. c), 55 lit. i), 424, 464, 470 y 471.

Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo: Arts. 4 nums. 8, 13, 15, 16; 19 núm. 3, 50 núm. 1 y 91 núm. 3.

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

Pronunciamento Procurador General del Estado, Oficio No. 20362 de 16 de enero de 2015; Oficio No. 05000 de 4 de marzo de 2016.

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

En aplicación de los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, con oficio No. 13207 de 4 de diciembre de 2017, este Organismo le solicitó reformular los términos de sus consultas, de manera que traten sobre la inteligencia o aplicación de una norma jurídica; en la misma fecha, con oficio No. 13208 se requirió el criterio jurídico institucional de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, lo que fue atendido por el Director Ejecutivo de esa Entidad con oficio No. 045-DE-AME-2018 de 8 de enero de 2018, recibido el 15 de los mismos mes y año.

Mediante oficio No. 862-GADMU-A de 12 de diciembre de 2017, al que se hizo referencia al inicio, usted reformuló su consulta en los siguientes términos:

“¿Corresponde o no exigir la entrega del porcentaje de área verde en favor de la Municipalidad o su compensación en dinero, aplicando el artículo 464 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, en casos de subdivisiones y fraccionamientos de predios urbanos que no sean urbanizables o sujetos o derivados de una autorización administrativa de urbanización?”.

Con relación a su consulta reformulada se solicitó el criterio institucional de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, mediante oficio No. 13440 de 27 de diciembre de 2017 e insistencia contenida en oficio No. 13636 de 15 de enero de 2018; requerimiento que fue atendido mediante oficio No. 289-DE-AME-2017 de 17 de enero de 2017 (sic), ingresado el 22 de enero de 2018, al cual se acompañó el memorando No. 042-DNAJ-AME-2018 de 16 de enero de 2018, que contiene el criterio jurídico del Director Nacional de Asesoría Jurídica de la AME.

El criterio del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, consta en oficio No. 71-GADMU-PS de 11 de diciembre de 2017, en el que cita el principio de legalidad establecido en el artículo 226 de la Constitución de la República, y el artículo 424 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, luego de lo cual concluye lo siguiente:

“La parte final del inciso segundo del artículo 424 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, que nos ocupa, fija una única excepción para la entrega del 15% calculado del área útil urbanizable o predio a urbanizar en calidad de áreas verdes y equipamiento comunitario, estableciendo que las tierras rurales que se fraccionen con fines de partición hereditaria, donación o venta; siempre y cuando no se destinen para urbanización y lotización. En este punto, la excepción indica ‘tierras rurales’ y su aplicación debe aplicarse conforme a esta disposición expresa.

CRITERIO JURÍDICO:

(...) se **CONCLUYE** que la excepción indicada en el párrafo precedente es de aplicación

obligatoria en las condiciones normadas y en cuanto a si corresponde o no exigir la entrega del porcentaje de área verde en favor de la Municipalidad o su compensación en dinero, aplicando el artículo 464 (sic) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, en casos de subdivisiones y fraccionamientos de predios urbanos que no sean urbanizables o sujetos o derivados de una autorización administrativa de urbanización; el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, no establece disposición alguna para exigir el porcentaje de área verde en fraccionamientos que no se destinen a urbanizaciones o no sean urbanizables en razón de su superficie; en consecuencia, en estos casos, no se debería exigir el porcentaje de área verde en favor de la Municipalidad o su compensación en dinero en predios de áreas urbanas sujetas a subdivisión o partición hereditaria, donación o venta, que no se destinen para urbanizaciones o dichos predios no sean urbanizables en razón de su superficie”.

Por su parte, el criterio institucional del Director Nacional de Asesoría Jurídica de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, con idénticos fundamentos normativos, analiza lo siguiente:

“(…) La norma es clara al expresar que, todas las *subdivisiones y fraccionamientos sujetos o derivados de una autorización administrativa de urbanización*, son sujetas a la obligación de entregar un porcentaje determinado de área verde, o en su lugar, su compensación en dinero.

Es decir que, la obligación se configura sobre la destinación de un porcentaje mínimo de terreno para que se conserve su área verde, puesto que al construir, edificar o urbanizar, se perderá gran parte del área natural, motivo por el cual la ley exige que se entregue al municipio un porcentaje mínimo, que será destinado al uso y conservación de áreas verdes.

Ahora bien, una vez configurada la obligación, cabe al municipio la decisión de exigir, a) el porcentaje dispuesto por ley, o en su defecto; b) su compensación en dinero.

III. CONCLUSIÓN

Al haber un terreno cuyo destino no es la urbanización; no se configura la obligación legal de la entrega del porcentaje de predio reservado para áreas verdes y comunitarias, por lo tanto, no puede existir la exigibilidad de una compensación (*a favor de la administración*) por una obligación que no ha sido contraída (*por el administrado*), toda vez que se debe cumplir las dos condiciones que dispone el artículo analizado en la presente consulta, esto es, en primer lugar; que el terreno tenga como fin una obra de urbanización; y en segundo lugar que el predio tenga una superficie inferior a tres mil metros cuadrados. Constituyendo ambas, condiciones *sine que non* para poder exigir el porcentaje que emana la ley, o en su defecto, su compensación en dinero.

Es decir, que la municipalidad deberá exigir **porcentaje del predio destinado a área verde y equipamiento comunitario** o su **compensación en dinero** por fraccionamientos o subdivisiones rurales y urbanas únicamente cuando su destino sea la urbanización de estos terrenos o predios”. (El énfasis corresponde al texto original)

El tenor de la consulta reformulada, transcrita en los antecedentes, cita el artículo 464 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (en adelante COOTAD), sin embargo, del informe del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante se aprecia que la consulta trata sobre la aplicación del artículo 424 de ese Código, que regula la contribución de áreas verdes en beneficio de las municipalidades. La consulta tiene por objeto establecer si están sujetos a dicha contribución, los predios no urbanizables.

Los criterios jurídicos de la Municipalidad Consultante y de la AME coinciden en que la contribución por área verde y equipamiento comunitario o su compensación en dinero, por fraccionamientos o subdivisiones urbanas y rurales, según el artículo 424 del COOTAD, es exigible únicamente cuando estén destinados o tengan por finalidad la urbanización de los predios.

Sobre esa materia, es pertinente considerar como antecedente que, en pronunciamiento contenido en el oficio No. 20362 de 16 de enero de 2015, esta Procuraduría, manifestó lo siguiente:

“(…) Del análisis jurídico precedente y atención a su consulta, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 424 y 470 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se concluye que la entrega por una sola vez del porcentaje calculado del área útil del terreno como área verde o comunal, es aplicable al fraccionamiento en terrenos tanto urbanos como rurales, siempre que los fraccionamientos se realicen con fines urbanos o para urbanizaciones, sin que dicha entrega sea exigible para el caso de terrenos agrícolas, en consideración a lo dispuesto en el artículo 471 del COOTAD”.

La conclusión anterior se reiteró en pronunciamiento que consta en oficio No. 05000 de 4 de marzo de 2016, en el que se concluyó lo siguiente:

“Es pertinente agregar que la contribución establecida en el artículo 424 del Código Ibídem afecta a cualquier subdivisión, ya se trate de proyectos de lotización, urbanización o proyectos bajo el régimen de propiedad horizontal, de conformidad con las previsiones establecidas en el artículo 470 del citado Código.

En consecuencia, dentro de un proyecto de lotización o urbanización a desarrollarse de acuerdo a los lineamientos establecidos en los planes de ordenamiento territorial y los planes de uso y ocupación del suelo de cada municipalidad, y en los que no se ha realizado anteriormente la contribución de áreas verdes y comunales, previa a su autorización y aprobación le corresponde a la municipalidad determinar los porcentajes y requisitos de orden técnico correspondientes, para que el administrado cumpla con la reserva y entrega del porcentaje correspondiente a esta contribución.

Finalmente, es necesario considerar que de acuerdo con la letra i) del artículo 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, compete a las municipalidades ‘i) Elaborar y administrar los catastros inmobiliarios urbanos y rurales’, lo que impone a esas entidades la obligación de mantener y actualizar las modificaciones que sufran los inmuebles del cantón, incluidas las que se produzcan por concepto de contribución de áreas verdes y comunales a favor del gobierno autónomo descentralizado cantonal”.

De los pronunciamientos previos citados se aprecia que la materia relacionada con fraccionamientos de predios urbanos y rurales, está reglada por los artículos 424 y 470 del COOTAD, que con posterioridad a dichos pronunciamientos fueron sustituidos por la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial Uso y Gestión de Suelo (en adelante LOOTUGS)³²; y adicionalmente, por el artículo 471 del COOTAD³³ que, como se verá más adelante trata sobre fraccionamientos agrícolas, norma que conserva el texto en que se motivó el pronunciamiento contenido en oficio No. 20362 de 16 de enero de 2015 previamente citado.

El tenor actual del artículo 424 del COOTAD, es el siguiente:

“Art. 424.- Área verde, comunitaria y vías.- En las subdivisiones y fraccionamientos sujetos o derivados de una autorización administrativa de urbanización, el urbanizador deberá realizar las obras de urbanización, habilitación de vías, áreas verdes y comunitarias, y dichas áreas deberán ser entregadas, por una sola vez, en forma de cesión gratuita y obligatoria al Gobierno Autónomo Descentralizado municipal o metropolitano como bienes de dominio y uso público.

Se entregará como mínimo el quince por ciento (15%) calculado del área útil urbanizable del terreno o predio a urbanizar en calidad de áreas verdes y equipamiento comunitario, de acuerdo a lo establecido por la planificación municipal, destinando exclusivamente para áreas verdes al menos el cincuenta por ciento de la superficie entregada. Se exceptúan de esta entrega, las tierras rurales que se fraccionen con fines de partición hereditaria, donación o venta; siempre y cuando no se destinen para urbanización y lotización.

La entrega de áreas verdes, comunitarias y de vías no excederá del treinta y cinco por ciento (35%) del área útil urbanizable del terreno o predio.

En el caso de predios con una superficie inferior a tres mil metros cuadrados, la municipalidad o distrito metropolitano, podrá optar entre exigir la entrega del porcentaje establecido en los incisos previos de áreas verdes y equipamiento comunitario del área útil del terreno o su compensación en dinero según el avalúo catastral del porcentaje antes indicado, de conformidad con lo establecido en la ordenanza municipal correspondiente. Con estos recursos la municipalidad deberá crear un fondo para la adquisición de áreas verdes, equipamiento comunitario y obras para su mejoramiento.

En las áreas consolidadas, los bienes de dominio y uso público destinados a áreas verdes, podrán ser cambiados de categoría exclusivamente a favor de instituciones públicas para consolidar y construir equipamientos públicos de conformidad con lo que establezca en su normativa el Gobierno Autónomo Descentralizado. La institución pública beneficiaria tendrá la obligación de compensar el equivalente al valor del bien que recibe, en base al avalúo realizado por el Gobierno Autónomo Descentralizado municipal o metropolitano”.

La norma transcrita establece a favor de las municipalidades y gobiernos metropolitanos, la contribución de área verde, comunitaria y vías, resultante de subdivisiones y fraccionamientos

32 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 790 del 5 de julio de 2016.

33 Inciso primero reformado por Disposición Reformativa Tercera de Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 711 de 14 de marzo del 2016.

de predios a ser urbanizados, que esos gobiernos autónomos autoricen. Coincide con el texto normativo anterior en prever que se trata de una contribución aplicable por una sola vez, pero innova al asignar al urbanizador el deber de realizar las obras de urbanización, habilitación de vías, áreas verdes y comunitarias.

De su parte, el texto actual del artículo 470 del COOTAD, cuyo primer inciso también fue sustituido por la LOOTUGS, dispone lo siguiente:

“Art. 470.- El Gobierno Autónomo Descentralizado municipal o metropolitano, en cualquier división o fraccionamiento de suelo rural de expansión urbana o suelo urbano, exigirá que el propietario dote a los predios resultantes de infraestructura básica y vías de acceso, los que serán entregados al Gobierno Autónomo Descentralizado municipal o metropolitano. Según el caso, se aplicará el régimen de propiedad horizontal y demás normas de convivencia existentes para el efecto, que se regularán mediante este Código y las ordenanzas.

Para quienes realicen el fraccionamiento de inmuebles, con fines comerciales, sin contar con la autorización de la respectiva autoridad, las municipalidades afectadas aplicarán las sanciones económicas y administrativas previstas en las respectivas ordenanzas; sin perjuicio de las sanciones penales si los hechos constituyen un delito, en este último caso las municipalidades también podrán considerarse como parte perjudicada.

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”.

Del texto del primer inciso del artículo 470 del COOTAD, se aprecia que el suelo rural de expansión urbana, en caso de ser dividido o fraccionado, da derecho al GAD Municipal donde esté localizado el bien raíz, a exigir al propietario que dote a los predios resultantes, de infraestructura básica y vías de acceso.

La obligación de los propietarios del suelo a ser urbanizado, de efectuar la contribución prevista por el artículo 424 del COOTAD, consta también en el numeral 1 del artículo 50 de la LOOTUGS, que dispone:

“Art. 50.- Obligaciones de los propietarios de suelo de una unidad de actuación urbanística. Los propietarios de suelo vinculados a una unidad de actuación urbanística estarán obligados a realizar las siguientes acciones en proporción al aprovechamiento urbanístico que les corresponda, según el reparto equitativo de las cargas y los beneficios:

1. Ceder gratuitamente al Gobierno Autónomo Descentralizado municipal o metropolitano, el

suelo destinado a espacio público, infraestructuras y equipamientos, de conformidad con los estándares urbanísticos definidos por la normativa aplicable y el planeamiento urbanístico en aplicación de lo dispuesto en lo relativo al porcentaje de área verde, comunitaria y vías en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. El suelo así transferido no podrá desafectarse de su finalidad de uso público (...).

Por su parte, el artículo 4 de la LOOTUGS, contiene un glosario de términos para su aplicación, entre los cuales constan los siguientes:

“Art. 4.- Glosario. Para efectos de la aplicación de esta Ley, se utilizarán las siguientes definiciones constantes en este artículo:

(...) 8. Fraccionamiento, partición o subdivisión. Son los procesos mediante los cuales un predio se subdivide en varios predios a través de una autorización del Gobierno Autónomo Descentralizado municipal o metropolitano, que viabiliza el registro e individualización de predios, solares o lotes resultantes, los cuales pueden tener distintos condicionamientos y obligaciones en función de lo previsto en el respectivo plan de uso y gestión de suelo.

(...) 13. Sistemas públicos de soporte. Son las infraestructuras para la dotación de servicios básicos y los equipamientos sociales y de servicio requeridos para el buen funcionamiento de los asentamientos humanos. Estos son al menos: las redes viales y de transporte en todas sus modalidades, las redes e instalaciones de comunicación, energía, agua, alcantarillado y manejo de desechos sólidos, el espacio público, áreas verdes, así como los equipamientos sociales y de servicios. Su capacidad de utilización máxima es condicionante para la determinación del aprovechamiento del suelo.

(...) 15. Tratamientos urbanísticos para suelo rural:

(...) b) Tratamiento de desarrollo. Se aplica al suelo rural de expansión urbana que no presente procesos previos de urbanización y que deba ser transformado para su incorporación a la estructura urbana existente, para lo cual se le dotará de todos los sistemas públicos de soporte necesarios.

(...) 16. Urbanización. Es el conjunto de obras de dotación de infraestructuras, equipamientos y espacio público”.

Concordante, con relación al suelo rural de expansión urbana, el numeral 3 del artículo 19 de la LOOTUGS establece lo siguiente:

“3. Suelo rural de expansión urbana. Es el suelo rural que podrá ser habilitado para su uso urbano de conformidad con el plan de uso y gestión de suelo. El suelo rural de expansión urbana será siempre colindante con el suelo urbano del cantón o distrito metropolitano, a

excepción de los casos especiales que se definan en la normativa secundaria.

La determinación del suelo rural de expansión urbana se realizará en función de las previsiones de crecimiento demográfico, productivo y socioeconómico del cantón o distrito metropolitano, y se ajustará a la viabilidad de la dotación de los sistemas públicos de soporte definidos en el plan de uso y gestión de suelo, así como a las políticas de protección del suelo rural establecidas por la autoridad agraria o ambiental nacional competente.

Con el fin de garantizar la soberanía alimentaria, no se definirá como suelo urbano o rural de expansión urbana aquel que sea identificado como de alto valor agroproductivo por parte de la autoridad agraria nacional, salvo que exista una autorización expresa de la misma.

Los procedimientos para la transformación del suelo rural a suelo urbano o rural de expansión urbana, observarán de forma obligatoria lo establecido en esta Ley.

Queda prohibida la urbanización en predios colindantes a la red vial estatal, regional o provincial, sin previa autorización del nivel de gobierno responsable de la vía”.

Por su parte, el artículo 471 del COOTAD, no ha sido reformado con posterioridad a los pronunciamientos citados en los antecedentes; su texto, referido a los fraccionamientos agrícolas, es el siguiente:

“Art. 471.- Fraccionamiento agrícola.- Considerase fraccionamiento agrícola el que afecta a terrenos situados en zonas rurales destinados a cultivos o explotación agropecuaria. De ninguna manera se podrá fraccionar bosques, humedales y otras áreas consideradas ecológicamente sensibles de conformidad con la ley.

Esta clase de fraccionamientos se sujetarán a este Código, a las leyes agrarias y al plan de ordenamiento territorial cantonal aprobado por el respectivo concejo”.

De acuerdo con la letra c) del artículo 54 del COOTAD y el numeral 3 del artículo 91 de la LOOTUGS, es atribución de las municipalidades clasificar el suelo en urbano y rural, así como determinar 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.

De las normas citadas se aprecia que, los fraccionamientos o subdivisiones de predios urbanos o rurales, que se pretenda urbanizar o lotizar, requieren autorización de las municipalidades para individualizar los predios resultantes, registrarlos y dotarles de sistemas de soporte que permitan el buen funcionamiento de los asentamientos humanos.

En cuanto se refiere a la exoneración de la contribución por áreas verdes, el texto anterior del segundo inciso del artículo 424 del COOTAD, la establecía para el caso en que la superficie de terreno a dividirse no superare los mil metros cuadrados, disponiendo que en ese caso la contribución

de área verde se compensaría con pago en dinero. Mientras que el cuarto inciso del artículo 424 del COOTAD en actual vigencia, cuyo texto íntegro fue transcrito en los antecedentes, con respecto a predios con una superficie inferior a tres mil metros cuadrados faculta a la municipalidad a optar entre la entrega del porcentaje de área verde y equipamiento comunitario, o su compensación en dinero.

De acuerdo con la parte final del segundo inciso del artículo 424 del COOTAD en actual vigencia, como excepción para la contribución de área verde, comunitaria y vías, establece la siguiente: "(...) Se exceptúan de esta entrega, las tierras rurales que se fraccionen con fines de partición hereditaria, donación o venta; siempre y cuando no se destinen para urbanización y lotización".

El suelo rural que se fraccione con finalidades agrícolas, continúa sujeto al artículo 471 del COOTAD; mientras que, al suelo rural de expansión urbana que se fraccione para ser urbanizado, le es aplicable la contribución de áreas verdes establecida por el artículo 424 vigente del COOTAD.

Del análisis jurídico efectuado se aprecia que los predios urbanos y rurales que se fraccionen o dividan con la finalidad de ser urbanizados o lotizados, están sujetos a la contribución de áreas verdes, comunitarias y vías, que establece el artículo 424 del COOTAD, que debe ser entregada por una sola vez a la Municipalidad o Gobierno Metropolitano; que dicha contribución se puede compensar en dinero según el cuarto inciso de esa norma, cuando la superficie del predio a urbanizar o lotizar fuera inferior a tres mil metros cuadrados; y, que a los fraccionamientos agrícolas a los que se refiere el artículo 471 del COOTAD, no es exigible esa contribución, según los pronunciamientos de este Organismo contenidos en oficios Nos. 20362 de 16 de enero de 2015 y 05000 de 4 de marzo de 2016.

En atención a los términos de su consulta reformulada se concluye que, de acuerdo con el primer inciso del artículo 424 del COOTAD, no corresponde que las municipalidades exijan la entrega de áreas verdes o su compensación en dinero, respecto de subdivisiones o fraccionamientos de predios urbanos que no sean consecuencia de una autorización administrativa de urbanización.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia o aplicación de normas jurídicas, siendo responsabilidad exclusiva de la entidad consultante su aplicación a cada caso en particular.

CONTRIBUCIÓN DEL UNO POR MIL SOBRE EL VALOR DE LOS ACTIVOS FIJOS QUE DEBERÁN PAGAR ANUALMENTE TODOS LOS ESTABLECIMIENTOS PRESTADORES DE SERVICIOS AL TURISMO

Oficio PGE No. 02329 de 24-07-2018

CONSULTANTE: MINISTERIO DE TURISMO

CONSULTA:

“¿El Ministerio de Turismo al tener la calidad de administración tributaria de excepción, facultad concedida a través de la ‘Ley de Turismo’ en su artículo 39 y ‘Código Tributario’, en su artículo 66, se debe regir obligatoriamente al cálculo de la multa de tributos establecidos en la ‘Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno’ en su artículo 100?, pese a que dicha Ley es de aplicación única y exclusiva a los tributos administrados por el Servicio de Rentas Internas; o, ¿Debe regirse al cálculo de la multa de tributos establecidos en el ‘Reglamento General de Operaciones del Fondo Mixto de Promoción Turística y Asignación de Competencias a los Órganos del Ministerio de Turismo en esta Materia’, en su artículo 115, por ser una normativa expedida por esta Cartera de Estado en aplicación a su competencia de ente tributario de excepción?”.

BASE LEGAL:

Constitución de la República del Ecuador: Arts. 76 núm. 5, 76, 82, 83, 154, 226, 300 y 301.

Código Tributario: Arts. 1, 3, 6, 21, 66, 67, 70 y 82.

Ley de Turismo: Arts. 5 y 39 lit. b).

Reglamento General de Aplicación de la Ley de Turismo: Arts. 78 núm. 1.

Reglamento General de Operaciones del Fondo Mixto de Promoción Turística y Asignación: Arts. 4, 113 y 115.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva: Arts. 80 y 99.

Convenio de Cooperación Interinstitucional MINTUR – SRI- Nro. NAC-DGERCG15-00000045, Arts. 1 y 6.

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

A fin de contar con mayores elementos para atender su requerimiento, mediante oficio No. 01900 de 27 de junio de 2018, esta Procuraduría requirió el criterio institucional del Servicio de Rentas Internas, lo cual fue atendido por dicha entidad mediante oficio No. 917012018OJUR001825 de 11 de julio de 2018.

El informe jurídico que se ha remitido como anexo a la consulta, consta en el memorando No. MT-CGAJ-2018-0230 de 24 de mayo de 2018, suscrito por la Coordinadora General de Asesoría

Jurídica de la Cartera de Estado consultante, quien hace referencia a los antecedentes normativos del tributo materia de su consulta y cita como fundamentos jurídicos los artículos 76 numeral 5, 82, 83, 154, 226, 300 y 301 de la Constitución de la República, los artículos 3, 6, 66, 67, 70 y 82 del Código Tributario, los artículos 5 y 39 de la Ley de Turismo, el artículo 78 numeral 1 del Reglamento General de Aplicación de la Ley de Turismo; y, los artículos 80 y 99 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Cita además los artículos 113 y 115 del Reglamento General de Operaciones del Fondo Mixto de Promoción Turística y Asignación de Competencias a los Órganos del Ministerio de Turismo en esta Materia y los artículos 1 y 6 del Convenio de Cooperación Interinstitucional MINTUR – SRI- Nro. NAC-DGERCG15-0000045, con base en los cuales efectúa el siguiente análisis:

“El Ministerio de Turismo es el organismo rector de la actividad turística ecuatoriana, poseedor de un patrimonio autónomo, fruto de la recaudación de varios tributos que la ley le faculta entre los cuales se encuentra la contribución del uno por mil sobre el valor de los activos fijos que deberán pagar anualmente todos los establecimientos prestadores de servicios de turismo (art. 39 Ley de Turismo), cumpliendo y respetando los principios del régimen tributario, señalados en el artículo 300 de la Constitución de la República del Ecuador.

El artículo 66 del Código Tributario, en concordancia a lo establecido en el artículo 39, literal b), de la Ley de Turismo, le otorga a esta Cartera de Estado la calidad de **ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA DE EXCEPCIÓN**, y con ello la facultad de determinar y regular, mediante Acuerdo Ministerial el cobro de los tributos que por Ley le corresponden, entre ellos la contribución del uno por mil sobre el valor de los activos fijos, adquiriendo todas las facultades de la administración tributaria que son: aplicación de la ley, determinadora de la obligación tributaria, la de resolución de los reclamos y recursos de los sujetos pasivos, potestad sancionadora por infracciones de la ley tributaria o sus reglamentos y la de recaudación de los tributos.

Para el proceso de recaudación, se estará a lo establecido en el artículo 78 numeral 1 del Reglamento General de la Ley de Turismo, que para personas jurídicas se basará en los balances presentados a la Superintendencia de Compañías, y, para personas naturales en la declaración juramentada sobre el monto de los activos fijos que posee el establecimiento. El pago de esta contribución se efectuará hasta el 31 de julio de cada año. Vencido este plazo, el contribuyente pagará un interés calculado de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 21 del Código Tributario.

En cuanto a la multa se deberá estar a lo establecido en el **artículo 115 del Reglamento General de Operaciones del Fondo Mixto de Promoción Turística y Asignación de Competencias a los Órganos del Ministerio de Turismo en esta Materia**, cuyo texto señala: *‘La multa aplicable será del 3% del monto de la contribución, por mes o fracción de mes vencido, incrementándose el 1.1 por ciento por cada mes adicional de retraso, que no podrá excederse de un semestre (...)*’, estableciéndose claramente el límite de la multa en el séptimo mes vencido; en este sentido el Acuerdo Ministerial No. 20050005, publicado en el Registro Oficial No. 8 de 2 de mayo de 2005, expedido por el Ministro de Turismo (E) a la época, en el cual acordó expedir el *‘Reglamento General de Operaciones del Fondo Mixto de Promoción Turística y Asignación de Competencia a los Órganos del Ministerio de Turismo en esta materia’*, es un acto normativo y ampliamente válido, por ser emitido por Autoridad competente, en pleno uso de su potestad tributaria conferida en la Constitución de

la República y según las competencias contempladas tanto en la Ley de Turismo como en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

Cabe señalar que la **Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno** es de aplicación interna, única y exclusiva para el Servicio de Rentas Internas – SRI, en virtud de que en ella se regula la aplicación de los tributos correspondientes a la Administración Central, mismos que NO SON APICABLES a las Administraciones Tributarias Seccionales, ni de Excepción, como es el caso de esta Cartera de Estado”.

Con base en el análisis transcrito, la Coordinadora General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Turismo, concluye con el siguiente criterio jurídico:

“El Ministerio de Turismo goza de todas las **facultades** otorgadas a la **administración tributaria de excepción**, la cual incluye la **potestad sancionadora** para imponer multas por el impago de los tributos que por ley le corresponden, sanción que es impuesta en la medida prevista en la Constitución y la ley, la cual se encuentra reglada a través del Acuerdo Ministerial No. 20050005, publicado en el Registro Oficial No. 8 de 2 de mayo de 2005, denominado **‘Reglamento General de Operaciones del Fondo Mixto de Promoción Turística y Asignación de Competencias a los Órganos del Ministerio de Turismo en esta materia’**, acto normativo emitido en pleno uso de las facultades otorgadas al Ministro de Turismo a la época.

El artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, establece: *‘En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 5 (...) En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora (...)’*, razón por la cual esta Cartera de Estado debe actuar en concordancia con dicha máxima, respetando la seguridad jurídica así como la tutela efectiva de derechos de los administrados y contribuyentes, observando los principios constitucionales, universales y doctrinales en pro del ciudadano”.

El Código Tributario³⁴ en su artículo 1 determina su ámbito de aplicación y dispone que sus preceptos regulan las relaciones jurídicas provenientes de los tributos, entre los sujetos activos y los contribuyentes o responsables de aquellos. Se aplicarán a todos los tributos: nacionales, provinciales, municipales o locales o de otros entes acreedores de los mismos, así como a las situaciones que se deriven o se relacionen con ellos; entendiéndose por tributos los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales o de mejora.

El artículo 66 del Código Tributario, conceptúa a la administración tributaria de excepción, como aquella en que la ley expresamente confiere 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.

El artículo 39³⁵ de la Ley de Turismo³⁶, determina los rubros que integran el patrimonio del Ministerio de Turismo, en el siguiente tenor:

“Art. 39.- El ministerio rector de la política turística determinará y regulará a través de Acuerdo Ministerial los siguientes recursos:

- a) Tarifas y contribuciones que se creen para fomentar el turismo;
- b) La contribución del uno por mil sobre el valor de los activos fijos que deberán pagar anualmente todos los establecimientos prestadores de servicios al turismo, conforme se disponga en el Reglamento a esta Ley;**
- c) Los valores por concesión de registro de turismo; y,
- d) La tasa por la emisión de cada pasaje aéreo para viajar desde el Ecuador hacia cualquier lugar en el extranjero”. (El resaltado me corresponde).”

Por su parte, el numeral 1 del artículo 78³⁷ del Reglamento General de Aplicación de la Ley de Turismo³⁸, sobre la recaudación de la contribución materia de su consulta, prescribe:

“Art. 78.- Los procedimientos de recaudación de los recursos señalados en la ley serán los siguientes:

1. La contribución del 1 por mil sobre los activos fijos, determinada en el literal b) del artículo 39 de la Ley, que pagarán todos los establecimientos prestadores de servicios turísticos. Para el cálculo de dicha contribución se exigirá lo siguiente:

- a. Personas jurídicas: Los balances presentados a la Superintendencia de Compañías, los cuales no se exigirán al interesado, debiendo la administración obtenerlos en línea;
- b. Personas naturales: Al momento de obtener el registro, deberán hacer una declaración juramentada en el formulario preparado por el Ministerio de Turismo para tal efecto, sobre el monto de los activos fijos que posee el establecimiento. Similar declaración deberá realizar los establecimientos registrados, al momento de renovar la licencia anual única de funcionamiento.

El pago de esta contribución se efectuará hasta el 31 de julio de cada año. Vencido este plazo, el contribuyente pagará un interés calculado de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 21 del Código Tributario.

Previo la obtención del registro de turismo las personas naturales o jurídicas deberán pagar los valores correspondientes que se establecen en el presente reglamento.

El Ministerio de Turismo, como Administración Tributaria de Excepción, suscribirá el convenio correspondiente con el Servicio de Rentas Internas para la recaudación de esta contribución (...).” (El resaltado me corresponde).

35 Artículo sustituido por el artículo 50 de Ley publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 405 de 29 de diciembre de 2014.

36 Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 733 de 27 de diciembre de 2002.

37 Artículo sustituido por el Decreto Ejecutivo No. 541, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 422 de 22 de enero de 2015.

38 Expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 1186, publicado en el Registro Oficial No. 244 de 5 de enero de 2004.

De las normas de la Ley de Turismo y su Reglamento General, previamente expuestas, se desprende que todos los establecimientos prestadores de servicios al turismo, deben pagar anualmente la contribución del uno por mil sobre el valor de los activos fijos. Para el cálculo se exigirá en el caso de personas jurídicas los balances presentados a la Superintendencia de Compañías y para las personas naturales, la declaración juramentada, que deben efectuar al momento de obtener el registro, o al momento de renovar la licencia anual única de funcionamiento. Dicha contribución se efectuará hasta el 31 de julio de cada año. Vencido este plazo, el contribuyente pagará un interés calculado de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 21 del Código Tributario.

Respecto a los intereses de las obligaciones tributarias, el artículo 21 del Código Tributario, al que nos remite el artículo 78 del Reglamento General de Aplicación de la Ley de Turismo, establece claramente el interés anual que causa la obligación tributaria que no es satisfecha a tiempo, en el siguiente tenor:

“Art. 21.- Intereses a cargo del sujeto pasivo.- La obligación tributaria que no fuera satisfecha en el tiempo que la ley establece, **causará a favor del respectivo sujeto activo y sin necesidad de resolución administrativa alguna, el interés anual equivalente a 1.5 veces la tasa activa referencial para noventa días establecida por el Banco Central del Ecuador, desde la fecha de su exigibilidad hasta la de su extinción.** Este interés se calculará de acuerdo con las tasas de interés aplicables a cada período trimestral que dure la mora por cada mes de retraso sin lugar a liquidaciones diarias; la fracción de mes se liquidará como mes completo”. (El resaltado me corresponde).

De otra parte, como se citó anteriormente, el artículo 78 del Reglamento General de Aplicación de la Ley de Turismo dispone que el Ministerio de Turismo, como Administración Tributaria de Excepción, suscribirá el convenio correspondiente con el Servicio de Rentas Internas para la recaudación de la contribución del uno por mil; y, en tal contexto, según lo manifestado por la Directora General del Servicio de Rentas Internas en el oficio No. 917012018OJUR001825 “(...) el 22 de enero de 2015 se suscribió el Convenio de Cooperación Interinstitucional e Intercambio de Información entre el Ministerio de Turismo y el Servicio de Rentas Internas (...)” y en tal virtud, el Servicio de Rentas Internas expidió la Resolución No. NAC-DGERCGC15-00000045 de 27 de enero de 2015, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 429 de 2 de febrero de 2015, que contiene las “Normas para la Declaración de la Contribución del uno por mil sobre el valor de los activos fijos prevista en la Ley de Turismo”, que en cuanto al plazo para la declaración, los intereses y multas, prescribe lo siguiente:

“Art. 5.- Plazo de presentación.- Los sujetos pasivos obligados deberán presentar la declaración hasta el 31 de julio de cada año con la información correspondiente al período inmediato anterior.

Cuando una fecha de vencimiento coincida con días de descanso obligatorio o feriados, aquella se trasladará al siguiente día hábil.

Art. 6.- Intereses y multas.- En caso de que la declaración y el pago de la contribución referida en la presente resolución se realicen fuera de los plazos señalados en el Reglamento General a la Ley de Turismo y en la presente resolución, el sujeto pasivo deberá pagar las multas e intereses que correspondan de conformidad con la normativa señalada”.

El “Reglamento General de Operaciones del Fondo Mixto de Promoción Turística y Asignación

de competencias a los Órganos del Ministerio de Turismo en esta Materia³⁹, que menciona en su consulta, establece en su artículo 1 que están sujetos a las prescripciones de dicho Reglamento el Fondo Mixto de Promoción Turística, sus órganos y sus unidades ejecutoras, así como también, el Ministerio de Turismo y sus unidades administrativas y la Fiduciaria.

El artículo 4 del Reglamento en mención, determina que, para la aplicación del mismo, los términos y conceptos empleados se definirán como a continuación se detalla:

gg) “Recursos del Fondo”, “recursos”, “ingresos del Fondo” o “ingresos” son a) **La contribución del uno por mil sobre el valor de los activos fijos que deben pagar anualmente todos los establecimientos prestadores de servicios al turismo**; b) El producto de la venta de bienes inmuebles de propiedad del Ministerio de Turismo; c) Los valores por concesión de registro de turismo; d) Cualquier otro ingreso que no sean los ordinarios del Presupuesto General del Estado para gasto corriente del Ministerio de Turismo que le fueren transferidos por el Constituyente; e) Los recursos que anualmente se establezca en el Presupuesto General del Estado para capitalizar el Fondo; f) La contribución de cinco dólares de los Estados Unidos de América (US \$ 5,00) por cada pasaje aéreo que se venda en el Ecuador para viajar fuera de país; g) Los fondos provenientes de gobiernos de países amigos, de organismos internacionales o cualquier otra donación que se efectúe para el patrimonio autónomo; h) Los valores que se recauden por legados y donaciones de sociedades y personas naturales o jurídicas; i) Los rendimientos generados por la inversión en valores de los recursos del Fondo; y, j) En general, cualquier otra asignación presupuestaria, tributo, derecho o gravamen creados por ley o decreto destinados al Fondo o a su finalidad; préstamo, donación o asignación que efectúen organismos internacionales, organismos multilaterales, organizaciones no gubernamentales nacionales o extranjeras, o cualquier persona natural, jurídica, pública, privada, nacional o extranjera, que tenga interés en la consecución de la finalidad del Fondo; (...). (El resaltado me corresponde).

De la letra gg) del artículo 4 del citado Reglamento contenido en el Acuerdo Ministerial No. 05, se desprende que el Ministerio de Turismo ha dispuesto que la contribución del uno por mil sobre el valor de los activos fijos que deben pagar anualmente todos los establecimientos prestadores de servicios al turismo, integre el Fondo Mixto de Promoción Turística, que es reglado por dicho cuerpo normativo, que en su artículo 105 determina que todos los recursos del fondo se consideran aportes al mismo a la vez que el artículo 112 dispone que el indicado fondo es beneficiario de la contribución del uno por mil sobre el valor de los activos fijos.

Por su parte, el artículo 115⁴⁰ del Reglamento en estudio y que es materia de su consulta dispone los (sic) siguiente:

“Art. 115.- La multa aplicable será del 3% del monto de la contribución, por mes o fracción de mes vencido, incrementándose el 1.1 por ciento por cada mes adicional de retraso, que no podrá excederse de un semestre. Caso contrario, el cobro se realizará por la vía coactiva”.

Por lo expuesto, en atención a su consulta, se concluye que corresponde al Ministerio de Turismo en calidad de administración tributaria de excepción, en ejercicio de la atribución conferida por

39 Expedido mediante Acuerdo Ministerial No. 5, publicado en el Registro Oficial No. 8 de 2 de mayo de 2005.

40 Artículo sustituido por el Acuerdo Ministerial No. 15, publicado en Registro Oficial No. 98 de 7 de septiembre de 2005.

el artículo 39 de la Ley de Turismo, regular lo relacionado con la determinación y pago de la contribución del uno por mil sobre el valor de los activos fijos que deberán pagar anualmente todos los establecimientos prestadores de servicios al turismo, a través del respectivo Acuerdo Ministerial, de conformidad con la Ley de Turismo y su Reglamento, como efectivamente lo ha hecho a través del “Reglamento General de Operaciones del Fondo Mixto de Promoción Turística y Asignación de Competencias a los Órganos del Ministerio de Turismo en esta Materia”, que en su artículo 115 norma lo relacionado con el cálculo de las multas sobre dicha contribución y en consecuencia debe regirse a dicha normativa mientras la misma no sea reformada o sustituida.

Lo dicho, excluye la aplicación del artículo 100 de la Ley de Régimen Tributario Interno⁴¹, cuyo ámbito se circunscribe a los tributos que corresponden a la administración tributaria central, ejercida por el Servicio de Rentas Internas.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas legales y no constituye orden o autorización de pago, siendo competencia de la autoridad tributaria, ejercer 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.

CONVENIOS INTERINSTITUCIONALES: ENTREGA DE RECURSOS ECONÓMICOS POR PARTE DEL BCE PARA LA EJECUCIÓN DE OPERACIONES ESTADÍSTICAS POR PARTE DEL INEC

Oficio PGE No. 01615 de 08-06-2018

CONSULTANTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS INEC

CONSULTA:

“¿El Instituto Nacional de Estadística y Censos –INEC- y el Banco Central del Ecuador -BCE-, a través de convenios interinstitucionales que establezcan la entrega de recursos económicos por parte del BCE para la ejecución de operaciones estadísticas por parte del INEC, esto es, contraprestaciones mutuas entre ambas instituciones que son necesarias para la medición de la economía ecuatoriana y que favorece el interés público, contraviene lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 56 del Código Orgánico Monetario y Financiero?”.

BASE LEGAL:

Constitución de la República de Ecuador: Arts. 226, 237 y 303.

Código Orgánico Monetario y Financiero: Arts. 36 inc. final, 55 y 56 núm. 3.

⁴¹ Codificación publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 463 de 17 de noviembre de 2004.

Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado: Art. 84 lit. i).

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas: Art. 115 y 178.

Código Civil, Art. 18.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado: Arts. 3 y 13.

Ley de Estadística: Arts. 9 y 10.

Pronunciamiento Procurador General del Estado, Oficio No. 08012 de 25 de junio de 2009.

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

A fin de contar con mayores elementos para atender este requerimiento, a través del oficio No. 01117 de 3 de mayo de 2018 e insistencia contenida en el oficio No. 01463 de 28 de mayo de 2018, este Organismo requirió el criterio del Banco Central del Ecuador, habiendo recibido como respuesta el oficio No. BCE-BCE-2018-0384-OF de 29 de mayo de 2018, suscrito por la Gerente General de dicha Entidad, quien adjunta como criterio institucional el memorando No. BCE-CGJ-2018-0611-M de 29 de mayo de 2018, suscrito por el Coordinador General Jurídico del Banco.

Adicionalmente, mediante oficio No. 01118 de 3 de mayo de 2018 e insistencia constante en el oficio No. 01464 de 28 de mayo de 2018, la Procuraduría General del Estado solicitó el criterio institucional del Ministerio de Economía y Finanzas, lo cual fue atendido mediante oficio No. MEF-MINFIN-2018-0328-O de 23 de mayo de 2018, suscrito por el Ministro e ingresado en este Organismo el 29 del mismo mes y año. A través de dicho oficio, el Ministro remite el criterio institucional constante en el memorando No. MEF-CGJ-2018-0363-M de 10 de mayo de 2018, suscrito por el Coordinador General Jurídico de la referida Cartera de Estado.

Adjunto al oficio de consulta, se ha remitido el informe jurídico contenido en el memorando No. INEC-DIJU-2018-0204-M de 26 de abril de 2018, suscrito por el Director de Asesoría Jurídica de la entidad consultante, en el que se citan como fundamentos jurídicos los artículos 226 y 303 de la Constitución de la República, los artículos 55 y 56 del Código Orgánico Monetario y Financiero y el pronunciamiento emitido por la Procuraduría General del Estado, a través del oficio No. 000593 de 28 de mayo de 2009, referente a una consulta similar relacionada con la prohibición establecida por el artículo 84 de la entonces vigente Ley Orgánica de Régimen Monetario y Banco del Estado, actualmente derogada, pero que contenía una disposición cuyo texto es idéntico al que consta en

el numeral 3 del artículo 56 del Código Orgánico Monetario y Financiero, al que se refiere su actual consulta.

El Director de Asesoría Jurídica del Instituto Nacional de Estadística y Censos INEC, en el memorando No. INEC-DIJU-2018-0204-M, efectúa el siguiente análisis:

“El INEC y el BCE han celebrado varios convenios de cooperación interinstitucional estableciéndose obligaciones mutuas, es así que el BCE ha entregado recursos al INEC y éste ha realizado operaciones estadísticas de base que constituyen insumos para el cumplimiento de sus atribuciones y naturaleza del BCE.

En consecuencia, las operaciones estadísticas constituyen un punto de encuentro para el cumplimiento de los objetivos del Banco Central del Ecuador y el Instituto Nacional de Estadística y Censos, tales objetivos son de interés público, debiéndose así establecer convenios que constituyan nexos de carácter institucional para apoyarse mutuamente en la consecución de los mismos.

(...)

Con la expedición del Código Orgánico Monetario y Financiero el Banco Central del Ecuador se sujeta al cumplimiento de sus disposiciones, por tanto los actos que realiza a partir de su vigencia se sujetan al imperio de la nueva norma en virtud del principio *‘lex posterior derogat priori’*, sin perjuicio de lo expuesto, es pertinente advertir que la prohibición contenida en el literal i) del art. 84 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado guarda identidad con la prohibición establecida en el art. 56 numeral 3 del Código Orgánico Monetario y Financiero, por lo tanto el criterio sostenido en su debido momento por la Procuraduría General del Estado debe considerarse plenamente aplicable para el inteligenciamiento de la prohibición establecida en el art. 56 núm. 3 del Código Orgánico Monetario y Financiero.

Sin perjuicio de lo dicho, si nos concentramos en el sentido literal de la prohibición establecida en el art. 56 núm. 3 del Código Orgánico Monetario y Financiero, la Constitución de la República del Ecuador establece la cooperación de convenios como los que ha venido celebrándose entre el INEC y el BCE ya que la entrega de recursos por este último no ha sido objeto de ayudas, donaciones o contribuciones a favor del INEC, puesto que los convenios han establecido contraprestaciones recíprocas y se ha guardado relación directa con asuntos de interés público, por lo que es posible considerar que el Código Orgánico Monetario y Financiero, no impide en forma alguna que el INEC y el BCE puedan celebrar un convenio de cooperación interinstitucional”.

Con base en el análisis citado en el párrafo precedente y los fundamentos jurídicos previamente indicados, el Director de Asesoría Jurídica del Instituto Nacional de Estadística y Censos INEC, emite el siguiente criterio jurídico:

“Se determina que al existir coincidencia en lo que establecía el art. 84 literal i) de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, con el art. 53 núm. 3 del Código Orgánico Monetario y Financiero, no existe impedimento legal que se contraponga a la celebración de un convenio de cooperación interinstitucional en el que se establezcan contraprestaciones recíprocas de carácter técnico como tampoco prohíbe la entrega de recursos económicos para la ejecución de operaciones estadísticas, ya que las mismas son de beneficio e interés público; y, adicionalmente la transferencia de recursos económicos por parte del BCE no constituye transgresión alguna al ordenamiento jurídico vigente”.

Por su parte, el criterio institucional del Banco Central del Ecuador, contenido en el memorando No. BCE-CGJ-2018-0611-M de 29 de mayo de 2018, suscrito por el Coordinador General Jurídico cita los artículos 226 y 303 de la Constitución de la República, los artículos 36 inciso final, 55 y 56 del Código Orgánico Monetario y Financiero y concluye con el siguiente criterio institucional:

“En base a la normativa legal citada y el análisis expuesto, se colige que el objeto de cooperación interinstitucional solicitado por el INEC comprende que el BCE otorgue recursos económicos, con la finalidad de obtener las encuestas que permita al BCE publicar las estadísticas de síntesis macroeconómica del país, existiendo la atribución y naturaleza del INEC en realizar dichas encuestas.

Por lo expuesto, es criterio de esta Coordinación, considerando que por la necesidad Institucional que tiene el Banco Central del Ecuador de contar con información veraz (sic) que le permita dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 55 del Código Orgánico Monetario y Financiero, y amparado en lo dispuesto por el último inciso del artículo 36 del mismo cuerpo normativo, el Banco Central del Ecuador y el INEC no tienen impedimento alguno para celebrar convenios de cooperación interinstitucional, dentro del ámbito de fortalecimiento del sistema estadístico de las dos instituciones, instrumentos jurídicos que deben enmarcarse en lo expresamente permitido por la Constitución, Leyes, Reglamentos y demás normativa aplicable”.

El Coordinador General Jurídico del Ministerio de Economía y Finanzas, en el memorando No. MEF-CGJ-2018-0363-M de 10 de mayo de 2018 cita los artículos 77, 226, 292 y 303 de la Constitución de la República, 55 y 56 del Código Orgánico Monetario y Financiero y 10 de la Ley de Estadísticas y expone como criterio de dicha Cartera de Estado, lo siguiente:

“Tomando en cuenta que los convenios interinstitucionales que suscribirían el Banco Central y el Instituto Nacional de Estadística y Censos, tendrían por objeto el establecimiento de contraprestaciones mutuas tendientes a la ejecución de operaciones estadísticas por parte del INEC, lo cual permitiría al Banco Central contar con datos para la medición de la economía ecuatoriana; este último, para la debida atención de sus fines, podrá realizar todos los actos, contratos y operaciones necesarias que le permitan cumplir con sus objetivos y metas previstos en el Código Orgánico Monetario y Financiero.

Los recursos que el Banco Central entregaría al INEC por la obligación que se generaría en el marco de los convenios interinstitucionales antedichos, en razón de su naturaleza jurídica, de ninguna manera se encuadrarían en la prohibición prevista en el artículo 56 ibídem, ya

que, no se trata de recursos que se entregarían en calidad de donación o contribución, figuras que tienen una connotación distinta de aquellos que se entregan por un servicio o pago como serían los generados en los compromisos contenidos en los convenios que suscribirían las entidades en referencia”.

La consulta cita como antecedente, el pronunciamiento emitido por la Procuraduría General del Estado mediante oficio No. 08012 de 25 de junio de 2009, el cual concluyó en el siguiente tenor:

“Por lo indicado, y en vista que en los convenios interinstitucionales materia de consulta entre el Instituto Nacional de Estadística y Censos INEC y el Banco Central del Ecuador se establecen contraprestaciones mutuas entre ambas instituciones que son necesarias para la medición de la economía ecuatoriana y que favorece el interés público, no se contraviene la prohibición establecida en el literal i) del artículo 84 de la Ley Orgánica de Régimen Monetario y del Banco del Estado”.

Conforme lo manifestado previamente, la Ley Orgánica de Régimen Monetario y Banco del Estado fue derogada por el Código Orgánico Monetario y Financiero, que en su artículo 56 numeral 3, contiene una disposición idéntica a la de la letra i) del artículo 84 de la Ley Orgánica derogada. Adicionalmente, es procedente puntualizar que, las demás normas constitucionales y legales que sustentaron dicho pronunciamiento, se mantienen vigentes.

El artículo 226 de la Constitución de la República⁴² consagra el principio de legalidad que debe imperar en el ejercicio de la potestad estatal por parte de las entidades del sector público, así como el deber de las mismas de coordinar su accionar, para el cumplimiento de sus fines, en el siguiente tenor:

“Art. 226.- 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”.

De otra parte, en cuanto a las atribuciones del Banco Central del Ecuador, el artículo 303 de la Constitución de la República prevé que la formulación de las políticas monetaria, crediticia, cambiaria y financiera es facultad exclusiva de la Función Ejecutiva y se instrumentará a través del Banco Central, que es una persona jurídica de derecho público, cuya organización y funcionamiento será establecido por la ley.

En armonía con la norma constitucional señalada, el artículo 55 del Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero⁴³, determina la obligación del Banco Central del Ecuador de elaborar y publicar la información que allí se señala:

42 Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

43 Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 332 de 12 de septiembre de 2014.

“Art. 55.- Publicaciones. El Banco Central del Ecuador elaborará y publicará en su página web y/o por cualquier otro medio, con la periodicidad que determine la Gerencia General, la siguiente información:

1. Las cifras correspondientes a los indicadores monetarios, financieros, crediticios y cambiarios;
2. Las estadísticas de síntesis macroeconómica del país;
3. Las tasas de interés;
4. Los sistemas de pago autorizados y las instituciones autorizadas a operar; y,
5. La información adicional requerida por la Junta.

Para el cumplimiento de esta disposición, el Banco podrá requerir a las personas naturales y jurídicas de derecho público y privado la información que estime necesaria.

La publicación del balance del Banco Central del Ecuador se la realizará al menos mensualmente”.

De otra parte, el artículo 9 de la Ley de Estadística⁴⁴, prescribe que el Instituto Nacional de Estadística y Censos es una entidad de derecho público, con personería jurídica y según el artículo 10 ibídem, son competencias del Instituto las siguientes:

“Art. 10.- Al Instituto Nacional de Estadística y Censo le corresponde:

- (...) d) operar como centro oficial general de información de datos estadísticos del país;
- e) hacer inventarios estadísticos y mantener un archivo centralizado de todos los formularios, boletas, cuestionarios, instrucciones, y más instrumentos de registro que utilice el Sistema Nacional, para obtención de sus estadísticas;
- (...) j) Las demás señaladas en esta Ley y sus Reglamentos”.

De las disposiciones legales hasta aquí citadas, se evidencia que el Banco Central del Ecuador formula las políticas monetaria, crediticia, cambiaria y financiera y le compete publicar indicadores de dichas áreas, así como estadísticas de síntesis macroeconómica; y, por su parte el Instituto Nacional de Estadística y Censos es el centro oficial general de información de datos estadísticos del país.

En el informe jurídico de la entidad consultante, se señala que para el cumplimiento de sus fines institucionales, el Banco Central del Ecuador, pretende suscribir convenios con el Instituto que usted representa, para que dicho instituto realice investigaciones y análisis estadísticos o trabajos estadísticos o censales y que “En cuanto a los productos del BCE, estas operaciones estadísticas son insumo principal para la validación de las Cuentas Nacionales, el desarrollo de modelos predictivos sobre el ciclo de la economía y análisis coyunturales mensuales relacionados al comportamiento del consumidor, así como análisis a nivel provincial de las prácticas de inclusión financiera”.

44 Publicado en el Registro Oficial No. 82 de 7 de mayo de 1976.

La consulta efectuada a esta Procuraduría tiene como finalidad determinar si la suscripción los referidos convenios entre el Banco Central del Ecuador y el Instituto Nacional de Estadística y Censos, que comporten obligaciones recíprocas entre las partes, contraviene lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 56 del Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero, por lo que es pertinente señalar las prohibiciones que esa norma determina para el Banco Central del Ecuador:

“Art. 56⁴⁵.- Prohibiciones. Se prohíbe al Banco Central del Ecuador lo siguiente:

1. Adquirir o admitir en garantía acciones de compañías de cualquier clase y participar, directamente, en empresas o sociedades, con excepción de las acciones o participaciones que adquiriera en instituciones monetarias o financieras internacionales multilaterales o en entidades del sector financiero público;

2. Asumir con recursos del Banco obligaciones directas o indirectas, subsidios, ayudas o transferencias que correspondan al gobierno nacional y demás entidades y empresas del sector público, bajo cualquier modalidad, salvo la implementación de contingentes de las empresas públicas;

3. Conceder con recursos del Banco Central del Ecuador ayudas, donaciones o contribuciones a favor de cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, salvo aquellos bienes propios, cuyo traspaso a otras entidades del sector público a título gratuito se podrá realizar conforme lo previsto en la ley; y,

Las prohibiciones establecidas en el inciso anterior no limitan las facultades del Banco Central del Ecuador de instrumentar políticas para disminuir el costo del crédito y del financiamiento a través de la inversión de excedentes de liquidez y de la ventanilla de redescuento; incentivar la formalización de las transacciones a través del Sistema Nacional de Pagos, sus instrumentos y sus servicios; y, para la detección temprana de transacciones inusuales o sospechosas que pudieren tener relación con actividades vinculadas al lavado de activos.

4. Garantizar y contragarantizar operaciones del sector privado. Dicha prohibición no se aplica para contragarantías en operaciones que afecten la balanza comercial, siempre que cuenten con un depósito monetario por el 100% de su valor en el Banco Central del Ecuador, de conformidad con las regulaciones que emita la Junta.

El Banco Central del Ecuador no podrá recibir en dación en pago, activos distintos a activos monetarios como pagos por créditos o inversiones realizadas por esta entidad.”.

La regla primera del artículo 18 del Código Civil determina que cuando el sentido de la ley es claro, se atenderá a su tenor literal, por lo que cabe resaltar que la norma del numeral 3 del artículo 56 del Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero, que es materia de consulta, presupone el egreso de recursos por “ayudas, donaciones o contribuciones” y en consecuencia, del tenor de la

45 Inciso segundo de numeral 3 agregado por Disposición Reformatoria numeral 2 de la Ley publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 802 de 21 de Julio del 2016. Numeral 1 reformado por numeral 2 de Disposición Reformatoria Segunda de Ley publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 986 de 18 de Abril del 2017. Numeral 1 reformado e inciso final agregado por artículo 7 numeral 7 de Ley publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 150 de 29 de Diciembre del 2017.

misma se evidencia que se trata de entrega de recursos sin una contraprestación; lo cual difiere del reconocimiento de un servicio o contraprestación recibida, que es el caso materia de su consulta, o como señala el Ministerio de Economía y Finanzas en su criterio institucional "(...) que se entregan por un servicio o pago como serían los generados en los compromisos contenidos en los convenios que suscribirían las entidades en referencia".

Del análisis jurídico precedente y en atención a los términos de su consulta, se concluye que la entrega de recursos económicos al Instituto Nacional de Estadística y Censos –INEC–, por parte del Banco Central del Ecuador -BCE–, en virtud de obligaciones establecidas en convenios interinstitucionales para la ejecución de operaciones estadísticas por parte del INEC, que son necesarias para la medición de la economía ecuatoriana y que favorece el interés público, en virtud de la estipulación de contraprestaciones mutuas entre ambas instituciones, no contravienen lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 56 del Código Orgánico Monetario y Financiero.

Sin perjuicio de lo manifestado, al existir egreso de recursos públicos, debe cumplirse con lo dispuesto en el artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas⁴⁶ que dispone que ninguna entidad u organismo público puede contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria, ya que su inobservancia conlleva las sanciones determinadas en el artículo 178 ibídem, que prevé 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 esfera de competencia de la Procuraduría General del Estado establecida en el artículo 237 de la Constitución de la República y los artículos 3 y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, no incluyen la aprobación o autorización para la suscripción de contratos o convenios, por lo que el alcance y términos de los mismos, así como la observancia de las leyes y procedimientos aplicables a la suscripción y ejecución de tales convenios, son de exclusiva responsabilidad de las autoridades y funcionarios de cada institución.

DESIGNACIÓN DE REEMPLAZO Y SUBROGACIÓN DE MÁXIMA AUTORIDAD DE ÓRGANOS AUTÓNOMOS: FUNCION JUDICIAL

Oficio PGE No. 00652 de 23-03-2018

CONSULTANTE: CONSEJO DE LA JUDICATURA

CONSULTA:

“¿Corresponde al Consejo de la Judicatura en caso de ausencia temporal o definitiva del o la fiscal subrogante, designar como reemplazo del Fiscal Subrogante a quien en estricto orden de puntaje ostente el siguiente lugar más alto en puntaje y categoría de entre los servidores de la carrera fiscal en la más reciente evaluación que el Consejo de la Judicatura haya realizado a los fiscales, de la

cual procede la designación de la actual Fiscal Subrogante de conformidad a lo dispuesto en los artículos 47 y 72 del Código Orgánico de la Función Judicial?”.

BASE LEGAL:

Constitución de la República del Ecuador: 76 núms. 3 y 7 lit. k), 117, 177, 181 y 194, 195, 232.

Código Orgánico de la Función Judicial: 9, 40, 46, 47, 65 y 73, 87, 192, 264 núm. 1, 283, 290.

Código Orgánico Integral Penal: Arts. 11 y 444.

Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social: Art. 55

Pronunciamiento Procurador General del Estado, Oficio No. 09871 de 21 de marzo de 2017.

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

El criterio jurídico que se ha remitido adjunto a la consulta, contenido en memorando No. CJ-DNJ-2018-0257-M de 20 de marzo de 2018, suscrito por la Directora Nacional de Asesoría Jurídica de la entidad consultante, refiere como antecedente el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado que consta en oficio No. 09871 de 21 de marzo de 2017, que atendió la consulta formulada por el Consejo de la Judicatura con oficio No. CJ-DG-2017-295 de 16 de marzo de 2017, sobre la aplicación del artículo 47 del Código Orgánico de la Función Judicial.

El informe jurídico invoca, además, de las normas a las que se refiere la consulta reformulada, los artículos 177, 181 y 194 de la Constitución de la República, y 46, 65 y 73 del Código Orgánico de la Función Judicial, que establecen la forma en que se integra la Función Judicial, las atribuciones del Consejo de la Judicatura, la carrera fiscal, y los efectos vinculantes de los resultados de los concursos y de las evaluaciones. Sobre dicha base normativa se manifiesta y concluye con el siguiente criterio institucional:

“El Consejo de la Judicatura nombró como Fiscal Subrogante a quien ostentó el más alto puntaje y categoría de la carrera fiscal de conformidad con la más reciente evaluación realizada por el Consejo de la Judicatura, por lo que se infiere que para el caso de una subrogación sucesiva es decir en ausencia temporal o definitiva de la Fiscal Subrogante; le corresponde al Consejo de la Judicatura designar como reemplazo de la Fiscal Subrogante, a quien en estricto orden de puntaje ostente el siguiente lugar más alto en puntaje y categoría de entre los servidores de la carrera fiscal en la más reciente evaluación que el Consejo de la Judicatura haya realizado a los fiscales”.

Para atender su actual consulta es pertinente considerar el citado pronunciamiento contenido en el Oficio No. 09871 de 21 de marzo de 2017, en el que la Procuraduría General del Estado, analiza los artículos 177 y 194 de la Constitución de la República, según los cuales, la Fiscalía General del Estado integra la Función Judicial, con el carácter de órgano autónomo, agregando que los artículos 283 del Código Orgánico de la Función Judicial y 55 de la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, establecen el procedimiento de concurso público con veeduría ciudadana para la elección del Fiscal General del Estado; mientras que la designación del Subrogante del Fiscal General corresponde al Pleno del Consejo de la Judicatura según los artículos 47 y 264 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial. Sobre dicha base, esta Procuraduría se pronunció de la siguiente manera:

“(...) con fundamento en los artículos 47, 50 y el numeral 1 del artículo 264 del COFJ, se concluye que le corresponde al Consejo de la Judicatura designar al subrogante del Fiscal General del Estado a quien ostente el más alto puntaje y categoría de entre los servidores de la carrera fiscal en la más reciente evaluación que el Consejo de la Judicatura haya realizado a los fiscales, en base a los parámetros que para el efecto le corresponde establecer a dicho Consejo”.

Según lo manifestado en su oficio No. CJ-DG-2018-0110-OF de 19 de marzo de 2018, cuando una denuncia incluya al Fiscal General del Estado y a quien legalmente lo subroga, la investigación de los hechos debe ser puesta en conocimiento del funcionario de la Fiscalía que jerárquicamente corresponda; y expresa:

“3.1. Desde la perspectiva del principio de legalidad contenido en el art. 76, numeral 3 y numeral 7 literal k) de la CRE, en concordancia con el art. 11 del COIP y el art. 9 del COFJ, los denunciados tienen derecho a que la investigación sea actuada con objetividad e imparcialidad”.

Para atender su actual consulta es pertinente observar que el segundo inciso del artículo 232 de la Constitución de la República dispone que: “Las servidoras y servidores públicos se abstendrán de actuar en los casos en que sus intereses entren en conflicto con los del organismo o entidad en los que presten sus servicios”.

Adicionalmente, es oportuno considerar que el artículo 194 de la Constitución de la República establece que: “La Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial (...)”; y, que el primer inciso del artículo 195 *Ibidem*, con respecto a las atribuciones de la Fiscalía, dispone lo siguiente:

“Art. 195.- La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal”.

Según el artículo 192 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), al Fiscal General del Estado le corresponde realizar la investigación pre procesal y procesal penal en casos de fuero de Corte Nacional. En tal contexto, corresponde al Fiscal General del Estado ejercer las atribuciones de los fiscales, previstas en el artículo 444 del Código Orgánico Integral Penal.

El reemplazo y subrogación de las máximas autoridades de los organismos autónomos de la Función Judicial, es materia expresamente reglada por el artículo 290 del COFJ, que tiene el siguiente tenor:

“Art. 290.- REEMPLAZO Y SUBROGACIÓN.- La persona con mejor evaluación dentro del régimen de carrera de la Función Judicial en el organismo autónomo respectivo, reemplazará a la máxima autoridad en caso de ausencia temporal y le subrogará si la ausencia fuere definitiva, hasta que se designe al titular.

Son causas de ausencia definitiva de la máxima autoridad:

1. Muerte;
2. Renuncia aceptada por la Asamblea Nacional;
3. Incapacidad física o mental para ejercer las funciones; y,
4. Remoción o destitución en los términos del artículo 131 de la Constitución de la República o la pérdida de los derechos políticos”.

La norma transcrita se refiere a la ausencia de las máximas autoridades de los organismos autónomos de la Función Judicial, entre ellos la Fiscalía General del Estado y establece que procede el reemplazo en caso de ausencia temporal, mientras que prevé la subrogación para el evento de ausencia definitiva. Para las dos clases de ausencia de la máxima autoridad, esa norma expresamente dispone que, quien ejerza el reemplazo o subrogación, sea la persona con mejor evaluación dentro del régimen de carrera del respectivo organismo autónomo de la Función Judicial.

El citado artículo 290 del COFJ establece las causas de ausencia definitiva de la máxima autoridad del organismo autónomo de la Función Judicial; mientras que, las causas de ausencia temporal de un servidor judicial, que dan lugar a su reemplazo también temporal, constan en el numeral 2 del artículo 40 del COFJ, que prevé lo siguiente:

“40.- CLASIFICACION DE LAS SERVIDORAS Y LOS SERVIDORES DE LA FUNCION JUDICIAL.- Las servidoras y los servidores de la Función Judicial se clasifican en:

1. Titulares: Aquellos que han sido nombrados y posesionados para desempeñar un cargo constante en el distributivo de sueldos de la Función Judicial, con duración indefinida o a periodo fijo. Las conjuetas y conjuetes serán servidores titulares sujetos a los mismos requisitos, régimen disciplinario e inhabilidades que las juezas y jueces; y,

2. Temporales: Aquellos que han sido designados para prestar servicios provisionales en un puesto vacante; para reemplazar a una servidora o a un servidor de la Función Judicial que se halle suspenso en sus funciones mientras no se dicte resolución en firme sobre su situación; para sustituir a una servidora o a un servidor durante el tiempo que estuviere de vacaciones, con licencia o asistiendo a programas de formación o capacitación; en caso de que se hubiese declarado con lugar la excusa o recusación de la jueza o juez; o si se requiera atender necesidades extraordinarias o emergentes del servicio de justicia”.

Por su parte, el artículo 46 del COFJ establece las categorías en la carrera fiscal y al respecto dispone lo siguiente:

“Art. 46.- CATEGORÍAS EN LA CARRERA FISCAL.- En la Carrera Fiscal las categorías se gradúan en orden ascendente, desde el número uno hasta el diez.

El ingreso a la carrera fiscal se hará a la categoría uno, de agente fiscal o fiscal de adolescentes infractores.

La designación de los representantes de la Fiscalía en cada sección territorial se realizará previo concurso en el cual tendrán derecho a intervenir los fiscales que se hallen por lo menos en la tercera categoría de la carrera”.

La designación del Subrogante del Fiscal General del Estado, se rige por el artículo 47 del COFJ, según el cual dicha autoridad es designada al momento de la elección del Fiscal General del Estado y dura en sus funciones el mismo tiempo que el titular:

“Art. 47.- RÉGIMEN ESPECIAL DE LA FISCAL O EL FISCAL SUBROGANTE.- La Fiscal o el Fiscal Subrogante, sustituirá a la Fiscal o el Fiscal General del Estado, en caso de ausencia temporal y justificada, y ejercerá las mismas funciones que el titular. Será designado al momento de la elección de la Fiscal o el Fiscal General del Estado; durará en sus funciones el mismo tiempo que su titular; será nombrada o nombrado quien ostente el más alto puntaje y categoría de la carrera de fiscal.

En caso de ausencia definitiva de la Fiscal o el Fiscal General del Estado, se procederá a llenar está vacante en forma inmediata”.

Con relación a la evaluación de desempeño de los servidores de la Función Judicial, entre ellos los servidores de carrera fiscal de la Fiscalía General del Estado como organismo autónomo de la Función Judicial, el artículo 87 del COFJ prevé que se realice en forma individual y periódica; y los artículos 89 y 264 numeral 1 del mismo Código, confieren al Consejo de la Judicatura atribución para determinar los objetivos, normas técnicas, métodos y procedimientos de las evaluaciones, así como para nombrar y evaluar a los servidores de la Función Judicial.

Del análisis jurídico efectuado se aprecia que, el principio de imparcialidad en el ejercicio de funciones públicas, establecido por el inciso segundo del artículo 232 de la Constitución de la República, transcrito en los antecedentes, impone a todo servidor público, independientemente de su jerarquía y de la entidad del sector público en la que preste sus servicios, la obligación de abstenerse de actuar cuando sus intereses entren en conflicto con los del organismo en que presta sus servicios.

Por otra parte, la ausencia temporal o definitiva de la máxima autoridad de un organismo autónomo de la Función Judicial, como es el caso de la Fiscalía General del Estado, es materia prevista y reglada en forma expresa por el artículo 290 del COFJ, que dispone que el reemplazo o subrogación de la máxima autoridad se efectúe por la persona con mejor evaluación dentro del régimen de carrera del respectivo organismo autónomo, lo que guarda armonía con el mencionado artículo 47 del mismo COFJ, que establece que la designación del Subrogante del Fiscal General del Estado se efectúe respecto de quien ostente el más alto puntaje y categoría de la carrera fiscal.

De acuerdo con el artículo 264 numeral 1 del COFJ, corresponde al Pleno del Consejo de la Judicatura designar al Subrogante del Fiscal General, y esa norma también es aplicable para efectos de establecer la competencia de ese órgano colegiado para efectuar la designación de quien deba reemplazar o subrogar al Subrogante del Fiscal General del Estado, en caso de que simultáneamente se configuren causas de ausencia temporal o definitiva del Fiscal General del Estado y su Subrogante.

En atención a los términos de la consulta se concluye que, en casos de ausencia simultánea del Fiscal General del Estado y su Subrogante, de acuerdo con los artículos 290, 40, 47 y 264 numeral 1 del COFJ, corresponde al Pleno del Consejo de la Judicatura, designar como reemplazo o subrogante de dichas autoridades, según se trate de ausencia temporal o definitiva, al fiscal con mejor evaluación y categoría dentro del régimen de carrera fiscal, según la más reciente evaluación de desempeño que el Consejo de la Judicatura hubiere efectuado, debiéndose en consecuencia observar estrictamente el orden de puntaje obtenido.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de la ley, siendo de exclusiva responsabilidad de los personeros de la entidad consultante, la aplicación de las normas a los casos concretos.

DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDADES Y SANCIONES DE DESTITUCIÓN: CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO

Oficio PGE No. 00549 de 16-03-2018

CONSULTANTE: MINISTERIO DE TRABAJO

CONSULTAS:

1. “¿Partiendo de que, el último inciso del artículo 48 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, establece que: ‘Para la imposición de sanciones provenientes de los exámenes de auditoría, no será necesaria la instauración de un sumario administrativo en la entidad empleadora’, se podrá proceder con el registro de inhabilitación para ocupar cargo público por sanción de destitución, sin la realización previa de un sumario administrativo por parte del Ministerio del Trabajo, contraponiéndose con lo previsto en el Art. 49 de la Ley Orgánica de Servicio Público, el cual señala en su parte pertinente: ‘Art. 49.- Inhabilidad especial para el ejercicio de puestos públicos por sanciones disciplinarias.- Sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar, quien hubiere sido destituido luego del correspondiente sumario administrativo por asuntos relacionados con una indebida administración, manejo, custodia o depósito de recursos públicos, bienes públicos o por delitos relacionados con estos asuntos, quedará inhabilitado para el desempeño de un puesto público. (...)’, y artículo 44?”.
2. “¿Para la destitución de un funcionario o servidor público, es necesario realizar en todos los casos un sumario administrativo previamente, para el posterior registro de inhabilitación para ocupar cargo público, con el fin de cumplir lo prescrito en los artículos 44 y 49 de la Ley Orgánica del Servicio Público?”.
3. “¿Si, una Resolución de responsabilidad administrativa con sanción de destitución en contra de un servidor público, emitida por la Contraloría General del Estado, no se encuentra ejecutoriada, en cumplimiento de los artículos 58, 63 tercer inciso y 70 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y Art. 56 letra a) del Reglamento a la citada ley, por haberse impugnado en sede judicial ante el Tribunal Contencioso Administrativo, se podrá proceder con el registro e inhabilitación de ocupar cargo público por parte del Ministerio del Trabajo?”.

BASE LEGAL:

Constitución de la República: Arts. 16, 221 y 226.

Código Orgánico General de Procesos: Art. 329.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado: Arts. 31, 39, 46, 48, 49, 52, 58, 63, 65, 66, 67, 70 y 95.

Ley Orgánica de Servicio Público: Arts. 5 lit. b), 44, 49 y 51.

Reglamento a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado: Art. 56.

Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Público: Arts. 3 núm.1 lit. a) y 21.

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

PRIMERA Y SEGUNDA CONSULTAS

(...)

Dentro del contexto de sus consultas y en virtud de que las (sic) primera y segunda consultas, se refieren a las mismas normas y tratan sobre un mismo asunto, las analizaré en forma conjunta.

En el memorando No. MDT-CGAJ-2018-0155-M de 21 de febrero de 2018, la Coordinadora General de Asesoría Jurídica del Ministerio del Trabajo, cita los artículos 76 y 226 de la Constitución de la República, artículos 44, 49 de la LOSEP y 21 de su Reglamento General, artículos 48, 49, 58, 63 y 70 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y 56 de su Reglamento General, en base de los cuales concluye con el siguiente criterio jurídico:

“a) En el caso, de las resoluciones que imponen sanciones destitución y/o multa o ambas conjuntamente, adoptadas por la Contraloría General del Estado, con motivo de las acciones de control que ejerza a saber: exámenes especiales, la determinación de responsabilidades contra los servidores públicos, adquirirán los efectos jurídicos de firmeza y ejecutoriedad conforme, ***lo determina la propia ley especial de la materia, esto es la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y su Reglamento de aplicación (énfasis me pertenece).***

b) La calidad de firmes o ejecutoriados, depende de las condiciones que establecen los artículos 49, 53 y 63 tercer inciso de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y 56 letra a) del Reglamento General de aplicación a la ley en cometario, al existir ley y reglamento que establecen las condiciones para causar ejecutoria de las resoluciones de Contraloría.

c) El Código Orgánico General de Procesos, no constituye norma supletoria o subsidiaria de la Contraloría General del Estado, para determinar el efecto jurídico de legitimidad y ejecutoriedad de las resoluciones administrativas de la propia Contraloría, por no darle expresamente tal calidad, como en efecto sí lo hace cuando se refiere al ejercicio de la acción coactiva por parte del citado organismo de control, que de manera expresa señala el Art. 57 de la ley ibídem, al determinar que se sujetará al Código Tributario y subsidiariamente al Código de Procedimiento Civil (Normativa que fue derogada en razón de la entrada en vigencia del COGEP). Por lo tanto, no es aplicable en sede administrativa lo dispuesto por los artículos 329 y 330 del COGEP; sin embargo, los jueces contenciosos también mantienen la facultad legal de suspender la ejecución de un acto administrativo; por tanto, cuando se trata de resoluciones de la Contraloría, el efecto está dado por la sola impugnación en sede judicial.

d) un acto en firme o ejecutoriado de la Contraloría General del Estado (resolución administrativa), tiene la condición no solo de legitimidad y ejecutoriedad, sino que es ejecutivo y, en consecuencia, está llamado a cumplirse, cuando ha causado ejecutoria según las condiciones que ha previsto la propia Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado para darle tal efecto, esto es cuando existe una sentencia judicial en firme y ejecutoriada.

e) Cuando existe impugnación en sede judicial por parte del servidor sancionado con destitución por parte de la Contraloría, el Ministerio del Trabajo debe abstenerse de registrar el impedimento para laborar en el sector público, hasta que esta sea resuelta mediante sentencia firme y ejecutoriada a fin de no afectar el derecho al trabajo de ciudadanos”.

Según lo prescrito en el artículo 211⁴⁷ de la Constitución de la República⁴⁸, la Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos. Entre las funciones que le confiere el artículo 212⁴⁹ de la Carta Política a dicho organismo, constan:

“1. Dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos.

2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos sujetos a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado”.

Concordante con la norma constitucional, el artículo 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado⁵⁰, con relación a la materia de su consulta, entre las funciones y atribuciones que le competen a dicha entidad, se destacan las siguientes:

“1. Practicar auditoría externa, en cualquiera de sus clases o modalidades, por sí o mediante la utilización de compañías privadas de auditoría, a todas las instituciones del Estado, corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles, cuyo capital social, patrimonio, fondo o participación tributaria esté integrado, con recursos públicos; a las empresas adscritas a una institución del Estado, o que se hubieren constituido mediante ley, ordenanza o decreto, así como en el ámbito de su competencia, al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) al Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA), y al Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional (ISSPOL).

(...)3. Examinar los gastos, inversiones, utilización, administración y custodia de recursos públicos;

47 Artículo reformado por artículo 6 de Resolución Legislativa publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 653 de 21 de diciembre de 2015.

48 Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

49 Artículo reformado por artículo 7 de Resolución Legislativa publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 653 de 21 de diciembre de 2015.

50 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 595 de 12 de junio de 2002.

4. Examinar y evaluar en términos de costo y tiempo, la legalidad, economía, efectividad, eficacia y transparencia, de la gestión pública;

(...)12. Exigir el cumplimiento de las recomendaciones establecidas en los informes de auditoría, exámenes especiales y la aplicación de responsabilidades administrativas y civiles culposas;

(...)22. Dictar regulaciones de carácter general para la práctica de la auditoría gubernamental; la determinación de las responsabilidades de que trata esta Ley; el control de la administración de bienes del sector público; y, las demás que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones;

(...) 34. Establecer responsabilidades individuales administrativas, por quebrantamiento de las disposiciones legales, reglamentarias y de las normas de que trata esta Ley; responsabilidades civiles culposas, por el perjuicio económico sufrido por la entidad u organismo respectivo, a causa de la acción u omisión de sus servidores, e indicios de responsabilidad penal, mediante la determinación de hechos incriminados por la ley (...).

(...) 37. Observar los derechos constitucionales individuales y las garantías del debido proceso en los informes que emita; y.”.

Además, el artículo 39 de la Ley Orgánica *ibídem* dispone que, en base de los resultados de la auditoría gubernamental, contenidos en actas o informes, la Contraloría General del Estado, tendrá potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal. Previamente a la determinación de responsabilidades administrativa (sic) y civiles culposas que se desprendan de los informes elaborados por las auditorías internas, la Contraloría General del Estado examinará el cumplimiento de los preceptos legales y de las normas de auditoría y las determinará con la debida motivación, sustentándose en los fundamentos de hecho y de derecho pertinentes. De existir indicios de responsabilidad penal, se procederá de acuerdo a lo previsto en los artículos 65, 66 y 67 de esta Ley.

De las disposiciones constitucionales y legales que han quedado citadas, se evidencia que compete de manera privativa a la Contraloría General del Estado, efectuar el control de la utilización de los recursos estatales y la auditoría de las entidades del sector, siendo competencia de dicho organismo determinar responsabilidades administrativas, civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, así como exigir el cumplimiento de las recomendaciones establecidas en los informes de auditoría, exámenes especiales y la aplicación de responsabilidades administrativas y civiles culposas. Para tales fines, le corresponde a dicho organismo de control, dictar las regulaciones necesarias para el cumplimiento de sus funciones, según la facultad normativa que le confiere el artículo 95 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

En ejercicio de su facultad normativa, la Contraloría General del Estado emitió el Reglamento de Responsabilidades⁵¹, en el cual, entre los considerandos que lo motivan, consta el siguiente:

“Que, la Constitución de la República, en el artículo 76, número 7 letra m), en concordancia con el artículo 11, número 3 y artículo 173, de la misma norma constitucional, señala que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá entre otras las (sic) siguiente garantía

⁵¹ Expedido mediante Acuerdo de la Contraloría General del Estado No. 4, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 696 de 22 de febrero de 2016.

básica constitucional: 'Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos' ”.

En el indicado Reglamento de Responsabilidades, se establece el procedimiento para la determinación de responsabilidades y el recurso de revisión por vía administrativa, cuando la Ley lo permite, así como la posibilidad de impugnación en la vía contencioso administrativa.

En consonancia con lo anteriormente expresado, el artículo 56 del Reglamento General a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado prevé que, la Contraloría tendrá la potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, así como para el seguimiento permanente y oportuno para asegurar el cumplimiento de sus disposiciones y controles. En el caso de faltas administrativas, es facultad de la Contraloría General del Estado, determinar e imponer las sanciones administrativas pertinentes, que van desde multa de una a veinte remuneraciones básicas unificadas del trabajador, hasta destitución del cargo, según el artículo 46⁵² de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que dispone lo siguiente:

“Art. 46.- Sanción por faltas administrativas.- Sin perjuicio de las responsabilidades civil culposa o penal a que hubiere lugar, los dignatarios, autoridades, funcionarios y demás servidores de las instituciones del Estado, así como personeros, directivos, empleados, trabajadores y representantes de las personas jurídicas y entidades de derecho privado con participación estatal que **incurrieren en una o más de las causales de responsabilidad administrativa culposa** previstas en el artículo anterior, **originadas en los resultados de las auditorías, serán sancionados, con multa de una a veinte remuneraciones básicas unificadas del trabajador del sector privado, al dignatario, autoridad, funcionario o servidor, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar, de acuerdo a la gravedad de la falta cometida, pudiendo además ser destituido del cargo, de conformidad con la ley.**

Las sanciones se impondrán graduándolas entre el mínimo y el máximo señalados en el inciso anterior de este artículo, debiendo considerarse los siguientes criterios: la acción u omisión del servidor; la jerarquía del sujeto pasivo de la sanción; la gravedad de la falta; la ineficiencia en la gestión según la importancia del interés protegido; el volumen e importancia de los recursos comprometidos; el haber incurrido en el hecho por primera vez o en forma reiterada”. (El énfasis me pertenece).

En lo que concierne a la ejecución de las sanciones impuestas por la Contraloría General del Estado, el artículo 48 de su Ley rectora determina que corresponde a la autoridad nominadora ejecutar la sanción, a requerimiento de la Contraloría, mediante la pertinente resolución ejecutoriada del organismo de control, de conformidad con el procedimiento prescrito en la referida norma:

“Art. 48.- Ejecución e imposición de sanciones.- Las sanciones de destitución o de multa, o ambas conjuntamente, las ejecutará la correspondiente autoridad nominadora de la institución del Estado, de la que dependa el servidor, a requerimiento y por resolución ejecutoriada de la Contraloría General del Estado. Dicha autoridad informará mensualmente a la Contraloría General del Estado

52 Artículo reformado por Ley No. 42, publicada en el Registro Oficial No. 404 de 23 de agosto del 2004, e inciso primero reformado por Ley publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto del 2009.

sobre la ejecución de las sanciones y, en su caso, de la recaudación de las multas.

Las sanciones serán impuestas y ejecutadas por la Contraloría General del Estado cuando la indicada autoridad haya dejado de hacerlo o cuando se hubieren constituido en sujetos pasivos de la sanción, o cuando deba imponérselas a personas de derecho privado o a terceros.

La Contraloría General del Estado, antes de imponer la sanción de destitución, notificará al implicado sobre la desviación detectada, concediéndole el plazo improrrogable de hasta treinta días para que ejerza su defensa. Vencido este plazo, el Contralor General o los funcionarios de la Contraloría General del Estado competentes para hacerlo, emitirán su resolución dentro del plazo de sesenta días.

Para la imposición de sanciones provenientes de los exámenes de auditoría, no será necesaria la instauración de un sumario administrativo en la entidad empleadora". (El énfasis me pertenece).

Por su parte, el artículo 49 de la LOSEP, que cita en su pregunta, prevé lo siguiente:

“Art. 49.- Inhabilidad especial para el ejercicio de puestos públicos por sanciones disciplinarias.- Sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar, quien hubiere sido destituido luego del correspondiente sumario administrativo por asuntos relacionados con una indebida administración, manejo, custodia o depósito de recursos públicos, bienes públicos o por delitos relacionados con estos asuntos, quedará inhabilitado para el desempeño de un puesto público.

En estos casos, la institución notificará con la resolución expedida dentro de correspondiente sumario administrativo al Ministerio del Trabajo y a los organismos de control”.

Como se puede apreciar, el inciso final del artículo 48 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, expresamente excluye del sumario administrativo, regulado por el artículo 44 de la Ley Orgánica del Servicio Público (en adelante LOSEP), como actuación previa para la imposición de las sanciones provenientes de los exámenes de auditoría ejecutados de la Contraloría General del Estado. Lo dicho guarda armonía con el principio de especialidad de las normas, ya que al tratarse de dos leyes orgánicas, es evidente el carácter de especial de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en lo relacionado con el control de la utilización de los recursos estatales, la auditoría de las entidades del sector y la determinación de responsabilidades administrativas, civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, por parte de la Contraloría General del Estado y el correspondiente cumplimiento de las recomendaciones establecidas en los informes de auditoría, exámenes especiales y la aplicación de responsabilidades y sanciones que de aquellas derivan.

De lo dicho, se desprende que no existe la contraposición o antinomia que sugiere su primera pregunta; ya que, si el sumario administrativo es la regla general previa a una destitución, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado ha previsto una excepción, en los casos de exámenes especiales.

Al respecto, el extinto Tribunal Constitucional, en su Resolución No. 267⁵³, ha ratificado que en el caso de destitución dispuesta por la Contraloría no es necesario que se sustancie un sumario administrativo.

“**SEXTA.**- Que, uno de los principales argumentos esgrimidos por el recurrente, hace relación al hecho de que habiéndosele reconocido la calidad de Servidor de Carrera Administrativa conforme a lo establecido en el artículo 96 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa que establece el principio de estabilidad, y ante una eventual sanción como la destitución, se debe estar inmerso en las causales de destitución, previo la instauración del correspondiente sumario administrativo, razón por la cual, existiría una incorrecta aplicación de los artículos 45, 46 y 48 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Al respecto, cabe señalar que tal afirmación carece de sustento jurídico en la medida de que no existe relación con las responsabilidades administrativas que devienen de un Examen Especial practicado por la Auditoría Interna y que se encuentran determinados en el artículo 45 y sancionadas en el artículo 48 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Si bien es verdad, para la destitución de un servidor público de carrera que goza de estabilidad se debe incurrir en una o varias de las causales previstas en el artículo 49 de la LOSCCA, previo la instauración del correspondiente sumario administrativo, ordenado por la autoridad nominadora y ejecutado por la Unidad Administrativa de Recursos Humanos, asunto que no se desconoce; sin embargo, no es menos cierto que la responsabilidad administrativa en que ha incurrido el recurrente cuando ejercía las funciones de Subdirector Regional de Recuperaciones, y que es lo que marca la diferencia, fueron detectadas mediante el tantas veces mencionado ‘Examen Especial’, en el que el compareciente presentó sus pruebas de descargo acompañando la respectiva exposición de motivos, lo cual, nos da la medida de que no se trata de un acto arbitrario y por el contrario, se ejerció su legítimo derecho a la defensa establecido en el numeral 10 del artículo 24 de la Constitución, determinándose que el recurrente adecuó su proceder a lo establecido en el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que trata de las ‘responsabilidades administrativas culposas’, imponiéndole las sanciones que establecen los artículos 46 y 48 ibídem, cuyo último inciso de éste último, expresamente señala: ‘Para la imposición de sanciones provenientes de los exámenes de auditoría, no será necesaria la instauración de un sumario administrativo en la entidad empleadora’, en cuyo caso, tampoco se puede alegar violación de las normas del debido proceso”.

Como consecuencia de lo anterior, la norma que regula la inhabilidad especial para el ejercicio de un cargo público, contenida en el artículo 49 de la LOSEP, anteriormente citado, respecto de la destitución de un servidor público dispuesta por la Contraloría General del Estado, se aplica de conformidad con la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, antes indicada, sin el requisito previo del sumario administrativo.

En este punto, es importante recalcar que la notificación al Ministerio del Trabajo de la sanción de destitución de un servidor público impuesta por la Contraloría General del Estado no constituye en sí misma una sanción, sino que es un acto de publicidad para efectos del registro que mantiene dicho Ministerio, en los términos de la LOSEP, que en la letra b) de su artículo 5 dispone que para el ingreso al servicio público se requiere no estar comprendido en alguna de las causales de prohibición para ejercer cargos públicos, en armonía con lo dispuesto en la letra a) del artículo 2 (sic) del Reglamento General a la LOSEP⁵⁴, que prescribe lo siguiente:

53 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 76 de 2 de octubre de 2008.

54 Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 1 de abril de 2011.

“Art. 3.- Del ingreso.- Para ocupar un puesto en el servicio público, debe cumplirse con los requisitos establecidos en el artículo 5 de la LOSEP, a cuyo efecto las personas deben cumplir con lo siguiente:

1.- Presentar la certificación de no tener impedimento legal para ingresar al servicio público emitida por el Ministerio de Relaciones Laborales (actualmente Ministerio del Trabajo), la cual comprenderá:

a) No haber sido sancionado con destitución por el cometimiento de delitos de cohecho, peculado, concusión, prevaricato, soborno, enriquecimiento ilícito y en general, por defraudación y mal manejo de fondos y bienes públicos”. (La frase en paréntesis me corresponde).

En el contexto que ha quedado señalado, entre las atribuciones que le asigna el artículo 51 de la LOSEP al Ministerio del Trabajo, en el ámbito de dicha Ley Orgánica, le compete la siguiente:

“e) Elaborar y mantener actualizado el Sistema Nacional de Información y el registro de todas las servidoras y servidores del sector público, y del catastro de las instituciones, entidades, empresas y organismos del Estado y de las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos, determinadas en el Artículo 3 de esta Ley”.

En armonía con la competencia antes citada, el artículo 21 del Reglamento General a la LOSEP dispone lo siguiente:

“Art. 21.- Del registro de otros movimientos de personal.- Los movimientos de personal referentes a ingresos, reingresos, restituciones o reintegro, ascensos, traslados, traspasos, cambios administrativos, intercambios voluntarios, licencias y comisiones con o sin remuneración, sanciones, incrementos de remuneraciones, subrogaciones o encargos, cesación de funciones, destituciones, vacaciones, revisiones a la clasificación de puestos y demás actos relativos a la administración del talento humano y remuneraciones de la institución, se lo efectuará en el formulario ‘Acción de Personal’, establecido por el Ministerio de Relaciones Laborales (actual Ministerio del Trabajo), suscrita por la autoridad nominadora o su delegado y el servidor y se registrarán en la UATH o en la unidad que hiciere sus veces y en el Sistema Integrado de Información del Talento Humano y Remuneraciones administrado por el Ministerio de Relaciones Laborales (actualmente Ministerio del Trabajo).

Las acciones de personal registradas se incorporarán al expediente de la o el servidor, y su custodia será responsabilidad de la UATH o de la unidad que hiciere sus veces.

La UATH o la unidad que hiciere sus veces, deberán reportar prohibiciones, inhabilidades e impedimentos legales de la o el servidor al Ministerio de Relaciones Laborales (Ministerio del Trabajo) para registrarlo en el Sistema Integrado de Información del Talento Humano y Remuneraciones”. (Las frases en paréntesis me corresponden).

De las disposiciones transcritas, se evidencia que, corresponde al Ministerio del Trabajo la elaboración y mantenimiento del Sistema Nacional de Información y el registro de todas las servidoras y servidores del sector público, lo cual comprende los movimientos de personal relativos a la administración del talento humano y remuneraciones de cada institución, entre ellos, las sanciones y destituciones previstas en la LOSEP y en otras leyes como la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Para tales fines, las Unidades de Administración del Talento Humano o la unidad que hiciere sus veces, deberán reportar prohibiciones, inhabilidades e impedimentos legales de la o el servidor al Ministerio del Trabajo, para registrarlo en el Sistema Integrado de Información del Talento Humano y Remuneraciones.

Del análisis jurídico precedente, en atención a los términos de sus consultas, se concluye que en virtud de lo dispuesto en la letra e) del artículo 51 de la LOSEP y 21 de su Reglamento General, le corresponde al Ministerio del Trabajo, registrar la inhabilitación para ocupar cargo público por sanción de destitución emitida por la Contraloría General del Estado, en ejercicio de las atribuciones que le confiere su Ley Orgánica, sin la realización previa de un sumario administrativo por parte del Ministerio del Trabajo, en virtud de la disposición expresa del inciso final del artículo 48 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

TERCERA CONSULTA

(...)

Según analicé al atender las consultas anteriores, la Contraloría General del Estado, tiene potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, en base de los resultados de la auditoría gubernamental, contenidos en actas o informes.

Los artículos 58 y 63 que menciona en su consulta, integran la Sección 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que regula la “Responsabilidad Civil Culposa”, la misma que según el artículo 52 del cuerpo legal en mención, es aquella que nace de una acción u omisión culposa aunque no intencional, sin tomar las precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales directos o indirectos a los bienes y recursos públicos y que genera una obligación jurídica indemnizatoria del perjuicio económico ocasionado a las instituciones del Estado y procesalmente, en la instancia administrativa o judicial, debe probarse por quien afirma la culpa en la emisión o perfeccionamiento del acto o hecho administrativo, que los mismos fueron producto de acciones que denoten impericia, imprudencia, imprevisión, improvisación, impreparación o negligencia.

Los artículos 58 y 63 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, a los que hace referencia usted, tratan sobre la ejecutoriedad de las resoluciones que determinan responsabilidades civiles culposas y en consecuencia no corresponde analizarlos porque no son aplicables al tema de consulta, que se relaciona con responsabilidades administrativas, reguladas en la Sección 2 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y que se define en su artículo 45 como la responsabilidad que se establece a base del análisis documentado del grado de inobservancia de las disposiciones legales relativas al asunto de que se trate, y sobre el incumplimiento de las atribuciones, funciones, deberes y obligaciones que les competen por razón de su cargo o de las

estipulaciones contractuales, especialmente las previstas en el Título III de esa ley. Adicionalmente, el artículo invocado, establece los casos en que las autoridades, dignatarios, funcionarios o servidores de las instituciones del Estado, ya sea por acción u omisión, incurrir en responsabilidad civil culposa.

En el contexto que ha quedado señalado, el artículo 46 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, citado al atender sus consultas anteriores, establece las sanciones por responsabilidades administrativas y dispone que los dignatarios, autoridades, funcionarios y demás servidores de las instituciones del Estado, así como personeros, directivos, empleados, trabajadores y representantes de las personas jurídicas y entidades de derecho privado con participación estatal que incurrieren en una o más de las causales de responsabilidad administrativa culposa serán sancionados con destitución y/o multa de una a veinte remuneraciones básicas unificadas del trabajador del sector privado, al dignatario, autoridad, funcionario o servidor, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar, de acuerdo a la gravedad de la falta cometida. Las sanciones se impondrán de conformidad con los parámetros de graduación que establece la misma disposición legal.

Por su parte, el artículo 56 letra a) del Reglamento General a la Ley Orgánica de Contratación Pública, que menciona en su consulta, dispone:

“Art. 56.- Proceso de la determinación de responsabilidades.- De conformidad con lo dispuesto en la ley, en el proceso de determinación de responsabilidades, se procederá de la siguiente manera:

a. Para las sanciones de destitución o de multa o de ambas a la vez será notificado el empleado sobre la o las desviaciones detectadas; habrá el plazo improrrogable de hasta 30 días, para que ejerza su defensa; la Contraloría establecerá su resolución dentro del plazo de 60 días y el auditado podrá acudir al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, dentro del término de 30 días, contados desde el día siguiente al de la notificación con la resolución que hubiere desechado la impugnación y confirmado la sanción de destitución o de multa o de ambas a la vez, conforme lo previsto en el artículo 49 que concuerda, en cuanto a la ejecutoria de las resoluciones, con el artículo 58 y con el inciso tercero del artículo 63 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (...).”

Para el caso específico de la sanción de destitución, el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado prescribe que “Las decisiones que impusieron sanción de destitución, de acuerdo con este Capítulo son definitivas en la vía administrativa; pero podrán impugnarse ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, dentro del término de treinta días contado desde el día siguiente al de la notificación con la decisión de la sanción”.

La acción contencioso administrativa, se halla prevista en el artículo 70⁵⁵ de la Ley Orgánica que se analiza, en el siguiente tenor:

“Art. 70.- Acción contencioso administrativa.- En los casos en que las decisiones de la Contraloría General del Estado fueren susceptibles de impugnación ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, la respectiva demanda se podrá presentar a partir del día siguiente al de la notificación de la decisión que se impugna. Para la presentación de la demanda y su contestación se observarán los términos y plazos establecidos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso - Administrativa. Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo citarán con la demanda al Contralor General o al funcionario de quien provenga el acto; y, sustanciarán y resolverán las causas con sujeción a los términos establecidos en esta Ley y al procedimiento previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”.

Como se puede apreciar, la Ley Orgánica de la Contraloría para el caso de sanción de destitución, no ha previsto que la impugnación a través de la acción contencioso administrativa impida la ejecutoria y ejecución de la destitución de un funcionario o servidor, dispuesta por la Contraloría General del Estado y en consecuencia, de conformidad con la letra e) del artículo 51 de la LOSEP y 21 de su Reglamento General, le corresponde al Ministerio del Trabajo, registrar la inhabilitación para ocupar cargo público por sanción de destitución emitida por la Contraloría General del Estado, disposición concordante con la expresa previsión del Art. 329 del Código Orgánico General de Procesos, que señala que los actos administrativos gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad.

El presente pronunciamiento es sin perjuicio de las resoluciones que pudieran adoptar las instancias judiciales pertinentes dentro de las acciones que sobre esta materia sean sometidas a su conocimiento ya que se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas. Además, es responsabilidad exclusiva de la entidad consultante su aplicación a casos particulares.

DEVOLUCIÓN DE PAGO EN EXCESO DE TASAS

Oficio PGE No. 01620 de 16-11-2018

CONSULTANTE: EMPRESA PÚBLICA DE ASEO Y GESTIÓN AMBIENTAL DEL CANTÓN LATACUNGA (EPAGAL)

CONSULTAS:

1. “La Normativa Legal considerada en el pronunciamiento legal realizado por el Asesor Jurídico de la Empresa EPAGAL, es o no la norma aplicable para efectuar la ‘DEVOLUCIÓN DE LOS VALORES CANCELADOS POR LOS USUARIOS DE FORMA ANTICIPADA Y QUE CONSTITUYEN EN EXCESO MEDIANTE EL COBRO DE LA TARIFA GIRSC DE LA ORDENANZA SUSTITUTIVA QUE ESTABLECE EL COBRO DE LA TASA POR LA GESTIÓN INTEGRAL DE LOS RESIDUOS SÓLIDO (sic), COMUNES Y SANITARIOS, Y LA MITIGACIÓN DE IMPACTOS AMBIENTALES CAUSADOS POR LOS MISMOS, POR LOS COBROS EFECTUADOS EN EL CONVENIO DE COOPERACIÓN INTERINSTITUCIONAL PARA LA RECAUDACIÓN DE TASAS POR EL SERVICIO DE RECOLECCIÓN DE BASURA, ENTRE LA EMPRESA ELÉCTRICA PROVINCIAL COTOPAXI S.A. ELEPCOSA, EL GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO DEL CANTÓN LATACUNGA Y LA EMPRESA PÚBLICAS (sic) DE ASEO Y GESTIÓN AMBIENTAL DEL CANTÓN LATACUNGA EPAGAL’ ”.

2. “El alcance de lo establecido en el inciso cuarto del Artículo 39 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, es aplicable para realizar la Devolución de los Valores que de manera anticipada fueron cancelados por los USUARIOS correspondientes a la Tarifa del Servicio de Disposición Final del Régimen Regular, mediante la correspondiente Transferencia Bancaria a los Números de Cuentas Bancarias, que para el efecto se sirvan señalar los señores Usuarios, en virtud de la imposibilidad de emitir la Carta de Crédito Tributario, conforme los antecedentes expuesto”. (sic)

BASE LEGAL:

Constitución de la República: Arts. 52, 264 núm. 4 y 5, 278 núm. 1 y 2 y 301.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización: Art. 55 lit. d) y e), 57, 186, 489, 568

Código Tributario: Arts. 1, 3, 65, 123.

Ley Orgánica de Defensa del Consumidor: Arts. 1, 2 núm. 3 y 4 y 39.

Ordenanzas de la Municipalidad de Latacunga, Ordenanza publicada en Ed. Esp. RO No. 644 de 20 de julio de 2016: Art. 7.

Pronunciamiento del Procurador General del Estado: Oficio No. 10101 de 9 de octubre de 2012; Oficio No. 13051 de 9 de mayo de 2013.

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

Como antecedente de la consulta, la Empresa Pública de Aseo y Gestión Ambiental del Cantón Latacunga (EPAGAL) se refiere a la “*Ordenanza que Instituye el Régimen de tarifas para la Prestación de los Servicios que componen el Sistema Integral de Aseo y Gestión Ambiental del cantón Latacunga*”, aprobada en octubre de 2010 por la municipalidad de Latacunga, posteriormente sustituida por la Ordenanza publicada en la Edición Especial del Registro Oficial No. 644 de 20 de julio de 2016.

Agrega que, para el cobro de tasas se ha celebrado el convenio de cooperación interinstitucional No. 00/2018, entre la Empresa Eléctrica Provincial Cotopaxi S.A. (ELECOPSA), el Municipio del Cantón Latacunga y la Empresa Pública de Aseo y Gestión Ambiental del Cantón Latacunga (EPAGAL) a la que usted representa, en el que se establecen los lineamientos para recaudar por medio de la empresa eléctrica el valor de las tasas por el servicio de recolección de basura “(...) por medio

de la entrega mensual de la información del número de consumidores o usuarios, residenciales, comerciales e industriales y emisión de la orden de cobro y recaudación de la tasa (...)”.

A fin de contar con mayores elementos de análisis, en forma previa a atender su consulta, mediante oficio No. 00789 de 26 de septiembre de 2018, este organismo solicitó el criterio jurídico institucional de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (AME), requerimiento que fue atendido con oficio No. 0260-DE-LC-AME-2018 de 10 de octubre de 2018, al que se adjunta el memorando No. AME-DNAJ-2018-498-M de la misma fecha, suscrito por el Director Nacional de Asesoría Jurídica (E) de esa entidad asociativa.

Mediante oficio No. 505-2018 GGE de 31 de octubre de 2018, ingresado a la Procuraduría General del Estado en la misma fecha, la empresa pública a su cargo remite copias simples de los convenios 001/2017 y 001/2018, de cooperación interinstitucional para la recaudación de tasas por el servicio de recolección de basura, celebrados entre la Empresa Eléctrica Provincial Cotopaxi S.A. (ELEPCOSA), el Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Latacunga y la Empresa Pública de Aseo y Gestión Ambiental del Cantón Latacunga (EPAGAL).

En el mismo oficio manifiesta que al haber concluido el plazo del convenio de cooperación interinstitucional, ELEPCOSA dejó de prestar el servicio de recaudación de la tasa por la disposición final de desechos sólidos, por lo que, en el mes de enero 2018, algunos usuarios efectuaron el pago en una ventanilla ubicada en las instalaciones de la municipalidad; y, agrega:

“(...) muchos de ellos por la falta de disponibilidad de tiempo a acudir mes a mes a la ventanilla cancelaron no solo el valor correspondiente al mes de enero de 2018, sino también los valores correspondientes a la Tasa del Servicio correspondiente a los meses de febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2018, a quienes se les emitió la Factura correspondiente a todos los meses cancelados”.

Con tales antecedentes realiza otra consulta, cuyo texto es el siguiente:

“El alcance de lo establecido en el inciso cuarto del Artículo 39 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, es aplicable para realizar la Devolución de los Valores que de manera anticipada fueron cancelados por los USUARIOS correspondientes a la Tarifa del Servicio de Disposición Final del Régimen Regular, mediante la correspondiente Transferencia Bancaria a los Números de Cuentas Bancarias, que para el efecto se sirvan señalar los señores Usuarios, en virtud de la imposibilidad de emitir la Carta de Crédito Tributario, conforme los antecedentes expuesto”.

Toda vez que las dos consultas formuladas por la empresa pública que usted representa, en dos oficios y momentos diferentes, tratan de la misma materia, este organismo las atiende de manera conjunta.

El criterio jurídico, contenido en memorando No. 63 A.J.EPAGAL de 11 de septiembre de 2018,

suscrito por el abogado Johny Granja, Asesor Jurídico de la empresa pública consultante, invoca como fundamentos jurídicos los artículos 425, 53, 54, 225, 227, 243 de la Constitución de la República; 106 y 113 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; 39 y 42 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y 122 y 123 del Código Tributario. Sobre dicha base normativa, concluye con el siguiente criterio institucional:

“CRITERIO JURÍDICO:

Al existir vacío legal en la Ordenanza que establece el cobro de tasas GISRC. En virtud de lo expuesto en el marco legal y de la normativa expuesta con claridad en el art 123 del Código Tributario considero legalmente que se puede realizar las devoluciones en exceso hasta dentro de un plazo máximo de seis meses desde que se realizó la solicitud del contribuyente, en tal virtud sugiero que se realice la devolución conforme determina la normativa legal enunciada, a más de ello, para no atentar contra los principios legales y normativa constitucionales y trasgredir la ley y por ende no ser observados por la Contraloría General del Estado y no inmiscuirnos en glosas en contra de la Institución”.

Con posteridad, en memorando No. 76 A.J.EPAGAL de 30 de octubre de 2018, el mismo Asesor Jurídico invoca los artículos 264, numerales 4 y 5, y 278 de la Constitución de la República; 2 y 4 de la Ley Orgánica de Empresa Públicas y los artículos 39, inciso cuarto, y 40 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor; y, manifiesta lo siguiente:

“La Empresa Pública de Aseo y Gestión Ambiental del Cantón Latacunga-EPAGAL, está consciente de los pagos en exceso por algunos usuarios por los servicios de los pagos de la tasa GIRSC, con el fin de no vulnerar los derechos constitucionales que los usuarios tienen, y por cuanto los derechos de los consumidores no pueden ser violentados, mediante la normativa legal desea proceder a la devolución del pago en exceso a sus usuarios en forma legal.

Considero lo más viable y legal es depositar los recursos cobrados en exceso a sus usuarios mediante el deposito por transferencia a la cuenta de los usuarios, en virtud de que actualmente no manejamos el cobro directamente sino lo realiza ELEPCOSA a través del convenio que mantiene con EPAGAL con el que cobramos a los usuarios por la prestación brindada, es por ello que no podemos obtener títulos de crédito.”

De su parte, el criterio institucional de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas invoca los artículos 1, 3 y 65 del Código Tributario y 57 literales a), b) y c) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y expone el criterio que transcribo en forma textual:

“(…) la normativa legal considerada en el pronunciamiento del Asesor Jurídico de la Empresa EPAGAL, esto es, el artículo 123 del Código Tributario, es la norma aplicable para efectuar la ‘DEVOLUCIÓN DE LOS VALORES CANCELADOS POR LOS USUARIOS DE FORMA ANTICIPADA Y QUE CONSTITUYEN EN EXCESO MEDIANTE EL COBRO DE LA TARIFA GIRSC DE LA ORDENANZA SUSTITUTIVA QUE ESTABLECE EL COBRO DE LA TASA POR

LA GESTIÓN INTEGRAL DE LOS RESIDUOS SÓLIDO (sic), COMUNES Y SANITARIOS, Y LA MITIGACIÓN DE IMPACTOS AMBIENTALES CAUSADOS POR LOS MISMOS, POR LOS COBROS EFECTUADOS EN EL CONVENIO DE COOPERACIÓN INTERINSTITUCIONAL PARA LA RECAUDACIÓN DE TASAS POR EL SERVICIO DE RECOLECCIÓN DE BASURA, ENTRE LA EMPRESA ELÉCTRICA PROVINCIAL COTOPAXI S.A. ELEPCOSA, EL GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO DEL CANTÓN LATACUNGA Y LA EMPRESA PÚBLICA (sic) DE ASEO Y GESTIÓN AMBIENTAL DEL CANTÓN LATACUNGA EPAGAL’ ”.

Para atender sus consultas es pertinente considerar como antecedente que, la Ordenanza Sustitutiva que establece el cobro de la tasa por la gestión integral de los residuos sólidos, comunes y sanitarios, y la mitigación de impactos ambientales causados por los mismos, aprobada por el gobierno autónomo descentralizado del cantón Latacunga, publicada en la Edición Especial del Registro Oficial No. 644 de 20 de julio de 2016, en su artículo 7 dispone:

“TASA DEL SERVICIO DE DISPOSICIÓN FINAL DE RESIDUOS SÓLIDOS DOMICILIARIOS COMUNES.- Por este servicio el contribuyente pagará 2.00 USD en el sector urbano y 1.00 USD para el sector Rural”.

Los numerales 4 y 5 del artículo 264 de la Constitución de la República⁵⁶, confieren las siguientes competencias exclusivas a los gobiernos municipales:

“Art. 264.- Los gobiernos municipales tendrán las siguientes competencias exclusivas sin perjuicio de otras que determine la ley:

(...) 4. Prestar los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, actividades de saneamiento ambiental y aquellos que establezca la ley.

5. Crear, modificar o suprimir mediante ordenanzas, tasas y contribuciones especiales de mejoras”.

El artículo 52 de la Constitución de la República 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 artículo 301 de la Constitución de la República, sobre el régimen tributario, prevé:

“Art. 301.- 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”.

Por otro lado, el inciso segundo del artículo 1 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor⁵⁷ establece que *“el objeto de esta ley es normar las relaciones entre proveedores y consumidores promoviendo el conocimiento y protegiendo los derechos de los consumidores”*; y, el inciso tercero del artículo 2 de la misma ley define al consumidor como: *“(...) toda persona natural o jurídica que como destinatario final adquiera utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello. Cuando la presente ley mencione al Consumidor, dicha denominación incluirá al Usuario”*.

Según la Defensoría del Pueblo, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor también considera como personas consumidoras a los usuarios de servicios públicos domiciliarios, tales como energía eléctrica, telefonía móvil o fija, agua potable, gas, saneamiento, alcantarillado u otros similares⁵⁸.

El artículo 39 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que invoca el Asesor Jurídico de la empresa pública consultante en el memorando No. 76 A.J.EPAGAL de 30 de octubre de 2018, señala:

“Art. 39.- Facturación de Consumo Excesivo.- Cuando el consumidor considere que existe facturación excesiva en la planilla de un período, podrá cancelar únicamente un valor equivalente al promedio del consumo mensual de los 6 meses inmediatamente anteriores.

Para poder ejercer este derecho, el consumidor debe presentar hasta dentro de los 10 días posteriores al vencimiento de la factura o planilla, las correspondientes al período de 6 meses inmediatos anteriores a la objetada. De no contar con los documentos anotados, el consumidor podrá solicitar las respectivas copias a la empresa prestadora del servicio, en cuyo caso, el plazo anotado comenzará a correr desde la fecha en que se entreguen las copias.

La empresa proveedora del servicio dispondrá de un plazo de treinta días a partir del reclamo del usuario para acreditar que el consumo facturado fue efectivamente realizado, en cuyo caso tendrá derecho a reclamar el pago de la diferencia más los intereses legales correspondientes.

Si el pago efectuado por el consumidor en ejercicio del derecho contemplado en el inciso primero del presente artículo excede del valor real de consumo, la empresa otorgará un crédito idéntico a dicho exceso a favor del consumidor, el mismo que deberá hacerse efectivo en la planilla inmediata posterior”.

57 Primer Suplemento del Registro Oficial No. 116 de 10 de julio de 2000.

58 Ecuador. Defensoría del Pueblo. Dirección Nacional de Denuncias y Reclamos de Consumidores

Como se puede apreciar del texto normativo transcrito, el citado artículo establece el procedimiento para el caso en que el consumidor considere que existe “facturación excesiva” de un servicio, en la planilla correspondiente a un período, evento en el que la empresa otorgará a favor del consumidor, un crédito por un valor idéntico al del exceso, crédito que deberá hacerse efectivo en la planilla inmediata posterior.

Sin embargo, es oportuno observar que lo regulado por el artículo 39 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, considera circunstancias que difieren de aquellas a las que aluden sus consultas, según las cuales los usuarios han efectuado pagos por concepto de tasas, de manera anticipada.

Concordante con lo dispuesto por el artículo 264 de la Constitución de la República, el artículo 55 literales d) y e) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización⁵⁹ (en adelante COOTAD), ratifica las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados municipales relacionadas a la prestación de servicios públicos, entre ellos el de manejo de desechos sólidos, y la creación, modificación, exoneración o supresión de tasas, tarifas y contribuciones especiales de mejoras, a través de ordenanzas.

De su parte el artículo 57 del COOTAD establece que al concejo municipal le corresponde ejercer, entre otras atribuciones, las que siguen:

“Art. 57.- Atribuciones del concejo municipal. - Al concejo municipal le corresponde:

(...) c) Crear, modificar, exonerar o extinguir tasas y contribuciones especiales por los servicios que presta y obras que ejecute;

(...) j) Aprobar la creación de empresas públicas o la participación en empresas de economía mixta, para la gestión de servicios de su competencia u obras públicas cantonales, según las disposiciones de la Constitución y la ley;

(...) y) Reglamentar los sistemas mediante los cuales ha de efectuarse la recaudación e inversión de las rentas municipales”.

En este orden de ideas, se advierte que las disposiciones legales transcritas ratifican la facultad de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, respecto a la prestación de los servicios públicos, creación de empresas para su gestión, así como también establece su capacidad fiscal a fin de obtener recursos de fuentes tributarias, mediante la creación de tasas por servicios de su competencia, en armonía con lo previsto por la letra c) del artículo 489 del COOTAD, que prescribe:

“Art. 489.- Fuentes de la obligación tributaria. - Son fuentes de la obligación tributaria municipal y metropolitana:

(...) c) Las ordenanzas que dicten las municipalidades o distritos metropolitanos en uso de la facultad conferida por la ley”.

En el mismo sentido, el inciso segundo del artículo 186 del COOTAD prevé que, cuando por decisión del GAD metropolitano o municipal la prestación de un servicio público exija el cobro de una prestación patrimonial al usuario, ésta será fijada, modificada o suprimida mediante ordenanza.

El inciso segundo del artículo 1 del Código Tributario⁶⁰ clasifica los tributos, previendo: “(...) *entiéndase por tributos los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales o de mejora*”; y con relación a la administración tributaria seccional, el primer inciso del artículo 65 del mismo código expresa:

“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”.

Sobre el carácter tributario de la tasa, los tratadistas José Luis Pérez de Ayala y Eusebio González, expresan lo que sigue:

“En efecto, la fuente de la tasa se sitúa en la ley. En cuanto una ley haya definido como presupuesto de hecho para cobrar un tributo la prestación de un servicio público que afecte de modo particular a un sujeto concreto, automáticamente tenemos un tributo, la tasa”.⁶¹

Se advierte de lo expuesto, la naturaleza tributaria de la tasa que deviene a su vez, del poder tributario contenido en el ya citado artículo 301 de la Constitución de la República y el artículo 3 del Código Tributario, que expresa:

“Art. 3.- Poder tributario. - Sólo por acto legislativo de órgano competente se podrán establecer, modificar o extinguir tributos. No se dictarán leyes tributarias con efecto retroactivo en perjuicio de los contribuyentes.

Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley (...)”

En relación a las tasas por servicios, en pronunciamiento contenido en el oficio No. 10101 de 9 de octubre de 2012, tras citar el análisis realizado por la Corte Constitucional en la sentencia No. 003-09-SIN-CC, CASO N. 0021-2009-1A⁶², la Procuraduría General del Estado concluyó que:

⁶⁰ Código Tributario. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 38 de 14 de junio de 2005.

⁶¹ PÉREZ Ayala J.L. y González Eusebio /Curso de Derecho Tributario, Tomo I. Tratados de Derecho Financiero y de Hacienda Pública. Vol. XVIII. Editorial de Derecho Financiero/Pág. 207

⁶² Corte Constitucional para el Período de Transición / SENTENCIA No. 003-09-SIN-CC CASO N. “ 0021-2009-1A / Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 644 de 29 de julio de 2009.

“(…) los servicios públicos esenciales son de competencia exclusiva del Estado; que, al ser responsable de su prestación, le corresponde a éste cobrar tributos por sus actividades, específicamente, tasas; **la tasa es un tributo** vinculado cuyo hecho generador consiste en la realización de una actividad estatal; y, que **siendo la tasa un ingreso tributario**, tiene naturaleza pública.” (Lo resaltado me corresponde).

En suma, de lo señalado se desprende que las tasas constituyen un ingreso tributario, que los GADs tienen atribución para fijar tasas por la prestación de los servicios de su competencia, y que los valores causados en tasas se encuentran vinculados a los servicios públicos, entre los que constan, la recolección de basura y aseo público, según el artículo 568 del COOTAD, que dispone:

Art. 568.- Servicios sujetos a tasas. - Las tasas serán reguladas mediante ordenanzas, cuya iniciativa es privativa del alcalde municipal o metropolitano, tramitada y aprobada por el respectivo concejo, para la prestación de los siguientes servicios:

(…) d) Recolección de basura y aseo público (…)

Con fundamento en el artículo 568 del COOTAD, en atención a una consulta formulada por una empresa pública prestadora de servicios públicos, en pronunciamiento contenido en oficio No.13051 de 7 de mayo de 2013, la Procuraduría General del Estado concluyó que:

“(…) corresponde exclusivamente a los concejos municipales el crear, modificar, exonerar o extinguir tasas, tarifas y contribuciones especiales de mejoras por la prestación de los servicios públicos que éstos hayan delegado, de conformidad con los artículos 166, 186 incisos primero y segundo, 267 y 568 letra d) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización”.

Por otra parte, ante la posibilidad del cobro en exceso de tributos, para adoptar las rectificaciones que fueren del caso, el artículo 123 del Código Tributario prevé lo siguiente:

Art. 123.- Pago en exceso.- Se considerará pago en exceso aquel que resulte en demasía en relación con el valor que debió pagarse al aplicar la tarifa prevista en la ley sobre la respectiva base imponible. La administración tributaria, previa solicitud del contribuyente, procederá a la devolución de los saldos en favor de éste, que aparezcan como tales en sus registros, en los plazos y en las condiciones que la ley y el reglamento determinen, siempre y cuando el beneficiario de la devolución no haya manifestado su voluntad de compensar dichos saldos con similares obligaciones tributarias pendientes o futuras a su cargo.

Si el contribuyente no recibe la devolución dentro del plazo máximo de seis meses de presentada la solicitud o si considera que lo recibido no es la cantidad correcta, tendrá derecho a presentar en cualquier momento un reclamo formal para la devolución, en los mismos términos previstos en este Código para el caso de pago indebido”.

A este respecto, el máximo organismo de justicia ordinaria en Ecuador, con relación al pago en exceso ha manifestado:

“(...) se desprende con claridad suficiente que el pago en exceso es aquel que resulta en demasía en relación con el valor que debió pagarse al aplicarse la tarifa respectiva y que procede la devolución, en los plazos y condiciones que la ley y el reglamento determinen; la naturaleza de lo reclamado no está en discusión, pues en efecto, se trataría de un pago en demasía (...)”.⁶³

Con relación a la facultad del contribuyente que considera tener derecho a que la administración le devuelva valores pagados en exceso, la Corte Nacional de Justicia, a través de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, ha señalado:

“(...) si bien es cierto, pueden solicitar devolución de pago en exceso los sujetos pasivos que crean tener ese derecho, pero la Administración Tributaria para proceder a la devolución de esos valores tiene que hacerlo en base a la normativa legal aplicable al caso, y observando lo que establece en su parte pertinente el Art. 123 del Código Tributario que a la letra dice: ‘... que aparezca como tales en sus registros...’, para lo que es imprescindible la revisión de la información contable que posea el sujeto pasivo (...)”⁶⁴.

En la misma línea jurisprudencial, la Corte también ha expresado:

“En el caso de pago en exceso, al igual que en caso de pago indebido, **como lo ha establecido en forma reiterada la Sala**, no basta simplemente con solicitar la devolución de lo que consta registrado en los libros de la empresa o la declaración, sino que se requiere **demostrar que hubo el pago y que el mismo fue indebido o en exceso**, lo cual debe necesariamente, corroborarse de manera fundamentada (...) **para que proceda reconocer el pago en exceso es menester que quien lo solicite debe demostrar la existencia del pago y que el mismo resulta excesivo** en relación al que le correspondía pagar (...)”⁶⁵ (Lo resaltado me corresponde).

De los textos normativos transcritos y la doctrina citada, se aprecia que todos guardan armonía y son conducentes en establecer la naturaleza tributaria de la tasa, en virtud de ello y la especialidad de la materia, tratándose de temas regulados por el Código Tributario, sus normas también son aplicables en materia de tributos seccionales, y entre ellos tasas por prestación de servicios, en aquello que no se hubiere regulado en forma expresa por el COOTAD o mediante ordenanza.

En atención a los términos de su primera consulta se concluye que, atento el carácter tributario de las tasas por servicios públicos, el artículo 123 del Código Tributario es aplicable para la devolución

⁶³ Corte Nacional de Justicia - Sala Especializada de lo Contencioso Tributario / Expediente de Casación 345 de 20 de diciembre de 2012. Publicado en el Registro Oficial Edición Jurídica No. 82 de 20 de mayo de 2016.

⁶⁴ Expediente de Casación No. 68 de 19 de febrero de 2010. Publicado en el Registro Oficial Edición Especial No. 190 de 20 de 8 de septiembre de 2011.

⁶⁵ Corte Nacional de Justicia - Sala Especializada de lo Contencioso Tributario / Expediente de Casación 345 de 20 de diciembre de 2012. Publicado en el Registro Oficial Edición Jurídica No. 82 de 20 de mayo de 2016.

de los valores cancelados en exceso por los usuarios, cualquiera sea el mecanismo previsto para su recaudación.

Por tanto, considerando que el artículo 7 de la Ordenanza que establece la tasa a la que alude la consulta, establece un valor fijo por el servicio, respecto de su segunda consulta se concluye que, no es jurídicamente viable aplicar el inciso cuarto del artículo 39 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, para la devolución de los valores que por concepto de tasa han sido cancelados por los usuarios del servicio público en forma anticipada, por no configurarse el presupuesto previsto en esa norma, que es la existencia de facturación excesiva en la planilla de un período.

Este pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas. En aplicación del deber de coordinar acciones que el artículo 226 de la Constitución de la República establece, es responsabilidad exclusiva de los personeros de las entidades públicas que han celebrado convenios interinstitucionales para la recaudación de tributos, de ser el caso, implementar los mecanismos de coordinación necesarios que permitan atender los reclamos que por cobros indebidos o en exceso, formulen los usuarios de servicios públicos, cuyos pagos anticipados han aceptado.

DIRECCIÓN ESTRATÉGICA, AUTONOMÍA, ÓRGANO ADSCRITO: RÉGIMEN AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO

Oficio PGE No. 01285 de 31-10-2018

CONSULTANTE: CUERPO DE BOMBEROS DEL CANTÓN CAÑAR

CONSULTA:

“¿Es aplicable el Art. 247 del COESCOP en los Cuerpos de Bomberos, tomando en consideración que son entidades con Autonomía Administrativa, financiera, presupuestaria y operativa, así como cuentan con personalidad jurídica propia, tal como lo establece el Art. 274 del COESCOP y Art. 140 del COOTAD; al ser su Primer Jefe el representante legal de acuerdo al Art. 6 de la Ley de Defensa Contra Incendios?”.

BASE LEGAL:

Constitución de la República del Ecuador: Arts. 82 y 264 núm. 13.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización: Arts. 10, 55, 116, 140.

Código Orgánico de las Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público: Arts. 2 núm. 5 lit. c), 247, 267 y 274.

Ley de Defensa contra Incendios: Art. 6.

Pronunciamiento del Procurador General del Estado: Oficio No. 03806 de 20 de septiembre 2011.

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

A fin de contar con mayores elementos de análisis, en forma previa a atender su consulta, mediante oficios Nos. 00061, 00062 y 00063 de 9 de agosto de 2018, este organismo solicitó los criterios jurídicos institucionales de la Secretaría de Gestión de Riegos, del Consejo Nacional de Competencias (CNC) y de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (AME), respectivamente. Con oficios Nos. 00391, 00392 y 00393 de 29 de agosto de 2018, se insistió en dichos requerimientos.

Los criterios institucionales solicitados han sido remitidos por la Secretaria Ejecutiva del Consejo Nacional de Competencias, mediante oficio No. CNC-SE-2018-0635-OF de 31 de agosto de 2018, ingresado el 3 de septiembre del presente año; por la Secretaría de Gestión de Riesgos, mediante oficio No SGR-AJ-2018-0051-O de 5 de septiembre de 2018, ingresado el 7 de los mismos mes y año; y, por el Director Ejecutivo de la AME, mediante oficio No. AME-DE-2018-0075 de 14 de septiembre de 2018, recibido en la misma fecha, al que se adjunta el memorando No. 401-DNAJ-AME-2018 de 10 de septiembre de 2018, suscrito por el Director Nacional de Asesoría Jurídica de esa entidad asociativa.

El artículo 247 del Código Orgánico de las Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público⁶⁶ (en adelante COESCOP), que motiva la consulta, establece lo siguiente:

“Art. 247.- Dirección Estratégica.- La máxima autoridad de la entidad que ejerce la rectoría nacional o local, de acuerdo a las necesidades institucionales podrá designar a un servidor o servidora de libre nombramiento y remoción para la dirección estratégica, política y administrativa de la entidad complementaria de seguridad”.

El criterio jurídico de la entidad consultante, contenido en el oficio No. C.B.C.C-2018.-No. 001 de 19 de julio de 2018, en el cual el Asesor Jurídico del Cuerpo de Bomberos del Cantón Cañar, cita como fundamentos jurídicos, entre otros, los artículos 82 y 264 de la Constitución de la República del Ecuador, 10 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, 274 del Código Orgánico de las Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público, y 564 del Código Civil. El criterio jurídico de la entidad consultante, invoca adicionalmente varias sentencias de la Corte Constitucional, que se revisarán más adelante. Sobre dicha base se efectúa el siguiente análisis y se concluye en los términos que constan a continuación:

“Concordante con el inciso final del Art. 140 del Código Orgánico de Organización Territorial,

Autonomía y Descentralización COOTAD, como aquellas previstas en el Art. 274 del COESCOP, así como el análisis de las sentencias dictadas por la Corte Constitucional (...) se puede concluir que la institución del Cuerpo de Bomberos es una institución que estará adscrita a un gobierno autónomo descentralizado municipal, pero que al estarlo no implica pérdida de su personería jurídica sino que gozará de autonomía institucional que por ende se regulará a sí misma de conformidad con la Constitución, COOTAD, COESCOP, la Ley de Defensa Contra Incendios y su reglamento, además establece que la institución bomberil tendrá exclusiva potestad normativa, administrativa y presupuestaria para su desarrollo y nadie mejor que uno de sus miembros para velar esto, las sentencias constitucionales reconoce que el Cuerpo de Bomberos ejerce una labor delicada y de riesgo razón por la cual posee autonomía administrativa, financiera y operativa las cuales no pueden ser objeto de ningún tipo de injerencia por otra institución pública.

En conclusión los Cuerpos de Bomberos al mantener una estructura Administrativa y operativa propia, no permite la creación de un puesto que le corresponde al representante legal que es su Primer Jefe, por lo que la Dirección Estratégica no es aplicable dentro de la estructura del Cuerpo de Bomberos, por tener una normativa jurídica especial que es la Ley de Defensa Contra Incendios, mismo que es concordante con el Art. 267 del COESCOP, tanto es así que la Corte Constitucional mediante Sentencia No. 012-18-SIN-CC Caso No. 0062-16-IN de fecha 27 de junio del 2018, declara la inconstitucionalidad del literal a) del artículo 281 del Código de las Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público”.

Por su parte, la Secretaria Ejecutiva del Consejo Nacional de Competencias, cita entre otros, los artículos 32, 42, 55, 65, 105, 106, 108, 116, 117, 119, 125, 140 y 154 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; 2, 246, 274 y 275 del Código Orgánico de las Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público; así como la Resolución No. 0010-CNC-2014, publicada en el Registro Oficial No. 413 de 10 de enero de 2015, por la que el Consejo Nacional de Competencias regula la competencia para gestionar los servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendios; luego de lo cual manifiesta y formula una conclusión general en los siguientes términos:

“Es importante indicar que la citada Resolución de descentralización, desarrolla con claridad absoluta los modelos de gestión por nivel de gobierno. Del artículo 3 al artículo 8 se abordan las facultades de rectoría, planificación, regulación, gestión y control nacional con los productos y servicios de responsabilidad del gobierno central; y, del artículo 9 al 14 se desarrolla el modelo de gestión, productos y servicios de responsabilidad del nivel de gobierno municipal como titulares exclusivos de la competencia según el artículo 264 de la Constitución de la República del Ecuador.

(...) el ejercicio de la competencia exclusiva de prestar los servicios de prevención protección socorro y extinción de incendios por parte de los gobiernos autónomos descentralizados metropolitanos y municipales del país debe ejecutarse en el marco estricto de lo que establece la Constitución de la República del Ecuador, el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, la Resolución de Descentralización emitida por el Consejo Nacional de Competencias Nro. 0010-CNC-2014; el Código Orgánico de las Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público, Ley de Defensa Contra Incendios; y, demás normativa legal aplicable”.

El Coordinador General de Asesoría Jurídica de la Secretaría de Gestión de Riesgos, cita los artículos 6 de la Ley de Defensa Contra Incendios, 247 y 274 del Código Orgánico de las Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público, y concluye lo siguiente:

“(...) esta Coordinación General de Asesoría Jurídica considera que, al contar con una norma en la materia que no ha sido derogada de forma expresa, como lo es la Ley de Defensa Contra Incendios y que establece en su artículo 6 (artículo vigente), que el Primer Jefe de cada Cuerpo de Bomberos será el representante legal de la institución bomberil; lo establecido en el artículo 267 del COESCOP, no es aplicable para los Cuerpos de Bomberos, puesto que su estructura no permite la creación de una Dirección Estratégica, puesto que poseen una estructura administrativa y operativa propia”.

El criterio institucional de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, centra su análisis especialmente en el artículo 140 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que regula el ejercicio de la competencia de gestión de riesgos, y el carácter de adscritos a las municipalidades que corresponde a los cuerpos de bomberos; sobre dicha base concluye lo siguiente:

“(...) los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales acogerán la política pública referente a la gestión del servicio de extinción de incendios, los planes y normas técnicas emitidos por el Ministerio Rector. Como se puede ver, la concurrencia está restringida a la política, planes y normas de índole técnica, más nunca a normas de índole administrativo. Para normas de este tipo existe el Código Orgánico de Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público.

(...) interpretar el artículo 247 del COESCOP a la luz de la autonomía de los cuerpos de bomberos es inverosímil, toda vez que la naturaleza misma de los cuerpos de bomberos es de ser organismos técnicos adscritos a las municipalidades. La autonomía de los Cuerpos de Bomberos es relativa en la medida que sigan los lineamientos de sus órganos adscribientes.

(...) III. CONCLUSIÓN:

El artículo 247 del COESCOP es plenamente aplicable por cuanto no ha sido expulsado del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Por lo tanto, el Alcalde municipal es el único competente para nombrar y remover al primer jefe del respectivo cuerpo de bomberos, en la medida que su nombramiento se limite a seguir el debido proceso, esto es, que su nombramiento surja de una terna propuesta por la Comisión de Calificaciones y Ascensos quien revisará que los candidatos cumplan los requisitos; sin que esto implique intromisión o rompimiento de su relativa autonomía toda vez que son instituciones adscritas a los municipios”.

De lo hasta aquí citado se aprecia que los criterios jurídicos de la entidad consultante, la Secretaría de Gestión de Riesgos y la AME, coinciden en que la rectoría del gobierno central en materia de gestión de riesgos, se refiere únicamente a asuntos técnicos; y difieren sobre la aplicabilidad del artículo 247 del COESCOP, pues mientras el cuerpo de bomberos consultante y la Secretaría de

Gestión de Riesgos consideran que la dirección estratégica de los cuerpos de bomberos corresponde al Primer Jefe como representante legal, la AME concluye que por el carácter adscrito que tienen los cuerpos de bomberos respecto de las municipalidades, al alcalde corresponde nombrar y remover al Primer Jefe del respectivo cuerpo de bomberos.

Para atender la consulta se considera que, el numeral 13 de artículo 264 de la Constitución de la República del Ecuador⁶⁷ incluye entre las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados municipales la de: “*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 Descentralización⁶⁸ (en adelante COOTAD).

Concordantemente con las disposiciones mencionadas en el párrafo anterior, el inciso final del artículo 140 del COOTAD, que regula el ejercicio de la competencia de gestión de riesgos, prescribe:

“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”.

Del tenor de la normativa constitucional y legal citada se desprende que es competencia exclusiva de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, la gestión de los servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendios, para lo cual contarán con los cuerpos de bomberos que funcionan como entidades adscritas, con autonomía administrativa y financiera, presupuestaria y operativa.

Por otro lado, es oportuno señalar que mediante oficio No. 03806 de 20 de septiembre de 2011, la Procuraduría General del Estado atendió varias consultas realizadas por el Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, en la primera de las cuales se concluyó que la Ley de Defensa Contra Incendios es la ley especial a la que se refiere el último inciso del artículo 140 del COOTAD. Cabe agregar que la indicada ley especial, no ha sido derogada en su totalidad al momento de expedirse el COESCOP, cuyo artículo 247 motiva su consulta.

Con relación a la constitución y naturaleza de los cuerpos de bomberos, el artículo 6 de la Ley de Defensa Contra Incendios⁶⁹ establece que son entidades de derecho público y que el Primer Jefe será el representante legal y el ejecutivo de la institución.

De su parte, el COESCOP tiene por objeto regular a las entidades de seguridad ciudadana y orden público, entre las cuales se encuentran los cuerpos de bomberos, según lo previsto en su artículo

67 Publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

68 Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010.

69 Publicada en el Registro Oficial No. 815 de 19 de abril de 1979.

2 numeral 5 letra c), los cuales deben cumplir obligatoriamente las disposiciones de dicho Código. Al efecto, el artículo 274 contenido en el Título II “Estructura de las Entidades Complementarias de Seguridad”, Capítulo III “Aspectos Específicos”, Sección II “Entidades Complementarias de Seguridad de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales y Metropolitanos”, subsección III “Cuerpos de Bomberos”, define la naturaleza de dichas entidades en los siguientes términos:

“Art. 274.- Naturaleza.- Los Cuerpos de Bomberos son entidades de derecho público adscritas a los Gobiernos Autónomos Descentralizados municipales o metropolitanos, que prestan el servicio de prevención, protección, socorro y extinción de incendios, así como de apoyo en otros eventos adversos de origen natural o antrópico. Asimismo, efectúan acciones de salvamento con el propósito de precautelar la seguridad de la ciudadanía en su respectiva circunscripción territorial.

Contarán con patrimonio y fondos propios, personalidad jurídica, autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y operativa. Los recursos que les sean asignados por Ley se transferirán directamente a las cuentas de los Cuerpos de Bomberos”.

De la revisión de la normativa del COOTAD y del COESCOP hasta aquí citada, se desprende que los cuerpos de bomberos funcionan como entidades adscritas a las municipalidades, y que según el inciso final del artículo 140 del COOTAD están expresamente dotados de autonomía administrativa y financiera, presupuestaria y operativa, siendo que la autonomía reconocida a los cuerpos de bomberos, se refiere al ejercicio de aquellas funciones de naturaleza esencialmente técnica en que consiste la prestación del servicio de defensa contra incendios.

En relación a la definición de autonomía, el Diccionario de la Lengua Española⁷⁰ la define como la *“3. Potestad que dentro del Estado pueden gozar municipios, provincias, regiones u otras entidades de él, para regir intereses peculiares de su vida interior, mediante normas y órganos de gobierno propios”*.

En varios de sus fallos, la Corte Constitucional conceptualiza la autonomía en la siguiente forma:

“(…) consiste en la facultad o potestad que tiene una entidad pública para autogobernarse, autoadministrarse y autonormarse, es decir, dotarse de órganos propios, adoptar decisiones fundamentales en beneficio de su institución, mediante normativa especial que la rige”.⁷¹

“(…) (es) un principio constitucional de naturaleza política confiere, atribuciones, competencias exclusivas, potestades legislativas y un derecho para ‘... autogobernarse, autoadministrarse y autonormarse...’ a las entidades públicas, -en este caso, a los cuerpos de bomberos-, lo cual les permite gobernarse por sus propias normas, constituyendo aquello una de las características esenciales del concepto de autonomía”⁷².

70 Real Academia Española, Tomo I A-G página 154, Vigésima Edición, año 1990, Editorial Espasa-Calpe S.A.

71 Sentencia No. 032-17-SIN-CC dictada en el caso No. 0023-16-IN de 14 de noviembre de 2017, página, publicada en el Registro Oficial Edición Constitucional No. 41 de 10 de abril de 2018, página 98.

72 Sentencia No. 012-18-SIN-CC dictada en el caso No. 0062-16-IN de 27 de junio de 2018, publicada en el Registro Oficial Edición Constitucional No. 61 de 11 de septiembre de 2018, página 35.

En cuanto al término de “adscrito” el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas⁷³ puntualiza que: “*Adscrito quiere decir agregado, dependiente, sujeto*”.

Efraín Pérez, sobre la adscripción explica:

“Las personas jurídicas de derecho público están relacionadas con el ‘Gobierno central’ por medio de la relación de tutela.

En el Ecuador, la forma jurídica más utilizada para el control o tutela de los órganos descentralizados es la llamada adscripción. ‘Administrativamente, la adscripción podría ser considerada como un grado de descentralización, donde la institución matriz u organismo central, ejerce ciertos controles sobre la ‘entidad adscrita’⁷⁴.

En el Ecuador, la adscripción es un grado del poder de tutela, (...). Por consiguiente, el poder de tutela es un poder condicionado, ya que no se presume el control, sino que se ejerce únicamente en los casos y forma previstos por la ley. Asimismo, no conlleva la posibilidad de dar órdenes directas, sino señalar políticas y realizar el control de las actividades determinadas en la ley⁷⁵”.

En la sentencia No. 034-17-SIN-CC dictada dentro del caso No. 0013-16-IN de 17 de diciembre de 2017⁷⁶, la Corte Constitucional en relación a la adscripción de los cuerpos de bomberos a los gobiernos autónomos descentralizados se ha pronunciado en los siguientes términos:

“(…) la adscripción del cuerpo de bomberos a la municipalidad nace de la voluntad del legislador, quien, en consideración a la existencia de una estrecha relación de finalidades, en circunstancias excepcionales, ha decidido vincular dichas entidades a fin que los servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendio, así como la prestación de auxilio en situaciones de emergencia, pueda realizarse de la forma más ágil y expedita.

(…) Desde esta perspectiva, es importante enfatizar que la referida adscripción no implica inferencia (sic) alguna, por parte de la autoridad municipal, en el ámbito de los derechos de los miembros de los cuerpos de bomberos. Por tanto, cabe reiterar que la potestad de gobernar las actividades administrativas, presupuestarias, financieras y operativas de la referida institución le compete, con exclusividad, a la autoridad bomberil (...).”

Según ha concluido la Corte Constitucional, sin perjuicio del carácter de adscritos que corresponde a los cuerpos de bomberos respecto a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, el gobierno de las actividades administrativas, presupuestarias, financieras y operativas de esas entidades, compete “*con exclusividad a la autoridad bomberil*”.

73 Tomo I A-B página 181, 25ª. Edición, año 1997, Editorial Heliasta.

74 Grupo de Coordinación Administrativo. Diez Problemas Básicos. Administración Pública Ecuatoriana. Quito. Sin fecha. p. 117.

75 PÉREZ, Efraín, “Derecho Administrativo, acorde con la nueva Constitución Ecuatoriana” Tercera Edición, Editorial Corporación de Estudios y publicaciones, página 221, año 2009.

76 Publicada en el Registro Oficial Edición Constitucional No. 34 de 14 de marzo de 2018, páginas 50 – 51.

Adicionalmente, cabe considerar que a pesar de que el COESCOP es la norma que regula a los cuerpos de bomberos en cuanto a su organización, funcionamiento y régimen de carrera profesional y disciplinario, la Ley de Defensa Contra Incendios sigue siendo la ley especial de aquellos, tal como se manifestó previamente, la misma que no ha sido derogada en su totalidad, manteniendo al Primer Jefe del Cuerpo de Bomberos como su representante legal y autoridad ejecutiva de la institución, según el tenor del artículo 6.

Con el objeto de tener un mejor entendimiento del concepto de dirección estratégica, al que se refiere el artículo 247 del COESCOP transcrito en los antecedentes, es pertinente considerar la definición doctrinaria de dicha expresión:

“(…) el conjunto de decisiones y actos usados para formular e implementar estrategias específicas que conseguirán que la organización se adapte a su entorno de forma competitivamente superior, para poder alcanzar las metas de la organización”⁷⁷.

Conforme la definición mencionada en el párrafo anterior se concluye que la dirección estratégica, en el contexto regulado por el artículo 247 del COESCOP, debe ser entendida en armonía con la competencia que en materia de gestión de riesgos confiere a las municipalidades la letra m) del artículo 55 del COOTAD, y por tanto implica la necesidad de coordinar las acciones entre la municipalidad, como titular de la competencia y el cuerpo de bomberos como entidad técnica y autónoma, creada para la gestión del servicio de defensa contra incendios, todo ello en armonía con el principio de legalidad que rige en derecho público.

Finalmente, es oportuno considerar que, el artículo 116 del COOTAD define las facultades como “(…) *atribuciones para el ejercicio de una competencia por parte de un nivel de gobierno*”; y en tal contexto, sus incisos segundo y sexto, respectivamente, conceptualizan la rectoría y la gestión, en la siguiente forma:

“La rectoría es la capacidad para emitir políticas públicas que orientan las acciones para el logro de los objetivos y metas del desarrollo; así como para definir sistemas, áreas y proyectos estratégicos de interés público, en función de su importancia económica, social, política o ambiental. Será nacional y corresponderá al gobierno central en el ámbito de sus competencias exclusivas, sectores privativos y estratégicos. **Los gobiernos autónomos descentralizados también ejercerán esta facultad en el ámbito de sus competencias exclusivas** y en sus respectivos territorios bajo el principio de unidad nacional.

(…) La gestión es la capacidad para ejecutar, proveer, prestar, administrar y financiar servicios públicos.” (Lo resaltado me corresponde).

Del análisis jurídico efectuado se observa que los artículos 247 del COESCOP y 140 del COOTAD contemplan la autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y operativa de los cuerpos

⁷⁷ Raúl Manuel Arano Chávez, Francisco Espinosa Mejía y Georgina Arroyo Grant, en su artículo el Rol de la Dirección Estratégica Académicos de la Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales de la Universidad Veracruzana, publicado en la página web: <https://www.uv.mx/iiesca/files/2012/11/005direccion2011-1.pdf>

de bomberos, y al mismo tiempo su adscripción a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, con el objeto de asegurar la coordinación entre las dos entidades públicas, sin que las municipalidades puedan interferir en la autonomía de la institución bomberil, según ha concluido la Corte Constitucional.

Por tanto, considerando que los cuerpos de bomberos están incluidos en el ámbito de aplicación del Código Orgánico de las Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público, y que su artículo 247, según su tenor, es una norma potestativa, en atención a los términos de la consulta se concluye que en virtud de la autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y operativa que les reconoce el inciso final del artículo 140 del COOTAD y el segundo inciso del artículo 274 del propio COESCOP, la dirección estratégica y gestión técnica de los cuerpos de bomberos corresponde al Primer Jefe, en su calidad de representante legal de esas entidades, de conformidad con el artículo 6 de la Ley de Defensa contra Incendios.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, pues no es facultad de la Procuraduría General del Estado determinar las competencias de las instituciones que forman parte del sector público.

EXPEDICIÓN DE ACTOS NORMATIVOS DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO

Oficio PGE No. 00790 de 26-09-2018

CONSULTANTE: INSTITUTO DE FOMENTO DE LAS ARTES, INNOVACIÓN Y CREATIVIDADES (IFAIC)

CONSULTA:

“¿Es aplicable lo dispuesto en el artículo 67 del Código Orgánico Administrativo, para suplir el vacío existente en la Ley Orgánica de Cultura, su Reglamento General, así como en el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos del Instituto de Fomento de las Artes, Innovación y Creatividades y el Reglamento de Funcionamiento del Directorio del IFAIC, a fin de que el Director Ejecutivo del IFAIC, con base a dicha norma proceda a emitir actos normativos, conforme al Art. 89 numeral 5 del Código Orgánico Administrativo y que son necesarios para el normal desarrollo de las actividades administrativas, operativas del IFAIC, tales como Reglamento y/o Instructivo Interno de Administración de Talento Humano, Caja Chica, Instructivos para ejecutar las atribuciones y deberes del IFAIC establecidos en el Art. 125 de la Ley Orgánica de Cultura, entre otros?”.

BASE LEGAL:

Constitución de la República: Arts. 82 y 226.

Ley Orgánica de Cultura: Arts. 25, 26 letras f) y q), 123, 124, 125, 128, 129, 130, 131; y,

Código Orgánico Administrativo: Arts. 47, 49, 50, 65, 67, 89 núm. 5, 128 y 130.

Reglamento a la Ley Orgánica de Cultura: 99 lit. h).

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

A fin de contar con mayores elementos de análisis, a través de oficio No. 00215 de 21 de agosto de 2018, este Organismo solicitó al Ministro de Cultura y Patrimonio el criterio institucional sobre la consulta planteada, lo cual fue atendido con oficio No. MCYP-MCYP-18-1278-O de 6 de septiembre de 2018, al que se adjuntó el memorando No. MCYP-CGJ-18-1234-M de 4 de septiembre de 2018, que contiene el criterio del Coordinador General Jurídico de esa Cartera de Estado.

En su oficio de consulta señala que: "(...) La Ley Orgánica de Cultura, su Reglamento General, así como el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos del Instituto de Fomento de las Artes, Innovación y Creatividad IFAIC, (...) no otorga la facultad normativa al Ministerio de Cultura y Patrimonio, Directorio o al Director Ejecutivo del IFAIC, a pesar de tener la institución personería jurídica propia con capacidad de gestión financiera y administrativa".

En memorando No. IFAIC-DAJ-2018-0165 de 7 de agosto de 2018, la Directora de Asesoría Jurídica de la entidad consultante cita como fundamentos jurídicos los artículos 226 de la Constitución de la República, 25, 26 letras f) y q), 123, 128, 130 de la Ley Orgánica de Cultura, 99 letra h del Reglamento General a la Ley Orgánica de Cultura, y 49, 65, 128 del Código Orgánico Administrativo, y concluye con el siguiente criterio que se transcribe en forma textual:

"(...) la facultad normativa en relación al IFAIC no se encuentra previsto en la Ley de Cultura, su Reglamento Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos del IFAIC ni para el Ministro de Cultura, Directorio y Director ejecutivo del IFAIC, esto en estricta aplicación del principio constitucional de legalidad, ya que estas instancias están obligados constitucional y legalmente a ejercer únicamente las competencias que nacen de la ley, conforme también lo determina el Art. 49 y 65 del Código Orgánico Administrativo".

Por su parte, en el memorando No. MCYP-CGJ-18-1234-M de 4 de septiembre de 2018, el Coordinador General Jurídico del Ministerio de Cultura y Patrimonio emite criterio jurídico en los siguientes términos:

"(...) si bien es cierto que el IFAIC es una entidad adscrita y por tanto dependiente de esta cartera de Estado, cuenta con personería jurídica propia, organización interna con un Director Ejecutivo -máxima autoridad- quien ejerce la representación legal, judicial y extrajudicial de la institución, y asimismo cuenta con atribuciones y facultades, dentro de las cuales debe enmarcar su actuación administrativa, en aras de garantizar a los demás actores del Sistema Nacional de Cultura, el pleno goce y ejercicio de sus derechos.

(...) ante la aparente omisión en la Ley Orgánica de Cultura, su Reglamento General, y demás normativa conexas que delimita el accionar del IFAIC, de hacer constar de manera expresa la atribución de emitir actos normativos de carácter administrativo que permitan el normal desenvolvimiento de sus actividades; se debe atender al nuevo paradigma administrativo que se ha instaurado en nuestro país a raíz de la vigencia del Código Orgánico Administrativo. Así, en el invocado cuerpo normativo, que regula el ejercicio de la función administrativa de todos los organismos que conforman el sector público, en su Capítulo Quinto, se regula la atribución de las autoridades públicas a emitir dichos actos normativos de carácter administrativo; aclarando que si bien la potestad reglamentaria (en relación con las leyes formales) es exclusiva del Presidente de la República, en el artículo 130 se establece de manera clara expresa la competencia de todas las máximas autoridades administrativas para emitir este tipo de actos que regulen los asuntos internos del órgano a su cargo, competencia que tiene sus límites claros -prohibiciones- en el artículo 131 *ibidem*.

(...) En conclusión, para la absolución de la consultada (sic) planteada por el IFAIC a la Procuraduría General del Estado, se deberá considerar que la potestad reglamentaria de las máximas autoridades administrativas, para regular a través de actos normativos de carácter administrativo los asuntos internos propios del órgano a su cargo, se encuentra ampliamente reconocida en la doctrina; y, en el caso del Ecuador, se encuentra recogida y regulada dicha competencia en el Código Orgánico Administrativo (Capítulo Quinto)”.

Para atender la consulta se considera como antecedente que, de acuerdo con los artículos 82 y 226 de la Constitución de la República, el derecho a la seguridad jurídica se garantiza a través de la aplicación de normas previas, claras y públicas aplicadas por las autoridades competentes; y al efecto, los servidores públicos solo pueden ejercer las competencias y facultades atribuidas en el ordenamiento jurídico.

En cuanto al Sistema Nacional de Cultura, el tercer inciso del artículo 378 de la Constitución dispone que: “El Estado ejercerá la rectoría del sistema a través del órgano competente (...)”.

De manera concordante, el artículo 25 de la Ley Orgánica de Cultura determina que le corresponde al Ministerio de Cultura y Patrimonio ejercer la rectoría del Sistema Nacional de Cultura, así como regular a las entidades, organismos e instituciones que lo integran, en el ámbito de sus competencias.

De acuerdo con la letra f) del artículo 26 de la citada Ley Orgánica, entre los deberes y atribuciones de la entidad rectora del Sistema Nacional de Cultura consta:

“Dictar la normativa, Reglamentos, instructivos, directrices y otros instrumentos de regulación y control para las entidades, organismos e instituciones del Sistema Nacional de Cultura, para garantizar la calidad de los servicios culturales”.

Conforme al artículo 123 de la referida Ley Orgánica, el Instituto de Fomento de las Artes, Innovación y Creatividades (IFAIC) es una entidad adscrita al ente rector del Sistema Nacional de Cultura. La misma norma confiere personería jurídica propia a ese Instituto, según su observa de su texto, que dispone:

“Art. 123.- De su naturaleza.- Créase el Instituto de Fomento de las Artes, Innovación y Creatividades, entidad pública encargada del fomento de las artes, la innovación y la creatividad, con personería jurídica propia y competencia nacional, adscrita al ente rector de la Cultura y el Patrimonio, con capacidad de gestión financiera y administrativa”.

De acuerdo con el artículo 124 de la Ley Orgánica de Cultura, corresponde al IFIAC implementar políticas de fomento con la finalidad de incentivar, estimular y fortalecer la creación, circulación, investigación y comercialización de obras, bienes y servicios artísticos y culturales; y, promover, estimular, fortalecer y dar sostenibilidad a la producción y comercialización de los emprendimientos e industrias culturales y creativas.

El artículo 129 de la Ley Orgánica de Cultura, asigna al Director Ejecutivo del IFAIC el carácter de representante legal, judicial y extrajudicial del Instituto.

Por su parte, los artículos 125, 128 y 130 de la Ley Orgánica de Cultura y 99 de su Reglamento, establecen las atribuciones y deberes del IFIAC, su Director Ejecutivo y su Directorio, respectivamente; entre ellas, según la letra h) del artículo 99 del Reglamento a la Ley Orgánica de Cultura, es atribución del Directorio del IFIAC:

“h) Conocer normativas, manuales, instructivos que faciliten las actividades del Instituto de Fomento de las Artes, Innovación y Creatividad; así como los inherentes a las operaciones administrativas financieras”.

De las normas jurídicas citadas se desprende que de acuerdo con la letra f) del artículo 26 de la Ley Orgánica de Cultura, corresponde al Ministerio de Cultura y Patrimonio como rector del Sistema Nacional de Cultura, dictar la normativa e instrumentos de regulación y control para las entidades, pertenecientes a dicho sistema nacional; sin embargo, ese artículo no contempla la emisión de normativa interna de carácter administrativo que requieran sus entes adscritos que cuenten con personería jurídica propia, como es el caso del Instituto de Fomento de las Artes, Innovación y Creatividades (IFAIC), según el artículo 129 de la Ley Orgánica de Cultura.

En tal contexto, es pertinente considerar adicionalmente que, el artículo 47 del Código Orgánico Administrativo (en adelante COA) se refiere a las máximas autoridades de las administraciones públicas, previendo lo siguiente:

“Art. 47.- Representación legal de las administraciones públicas. La máxima autoridad administrativa de la correspondiente entidad pública ejerce su representación para intervenir en todos los actos, contratos y relaciones jurídicas sujetas a su competencia. Esta autoridad no requiere delegación o autorización alguna de un órgano o entidad superior, salvo en los casos expresamente previstos en la ley”.

El artículo 50 del COA, define a la entidad administrativa como “(...) el conjunto de órganos administrativos con una única misión institucional”; y, el artículo 65 del mismo Código, ubicado en

el Título I que trata sobre “La Organización Administrativa”, conceptualiza la competencia en la siguiente forma:

“Art. 65.- Competencia.- La competencia es la medida en la que la Constitución y la ley habilitan a un órgano para obrar y cumplir sus fines, en razón de la materia, el territorio, el tiempo y el grado”.

El artículo 67 del Código Orgánico Administrativo, que invoca en su consulta, en su inciso primero dispone:

“Art.- 67.- Alcance de las competencias atribuidas.- El ejercicio de las competencias asignadas a los órganos o entidades administrativos incluye, no solo lo expresamente definido en la ley, sino todo aquello que sea necesario para el cumplimiento de sus funciones”.

De las citadas disposiciones se desprende que el artículo 67 del COA, invocado en su consulta, se refiere en forma general al ejercicio de las competencias de los órganos administrativos, para cumplir con los fines de la respectiva entidad.

Por su parte, el numeral 5 del artículo 89 del COA incluye entre las distintas formas que adopta la actividad administrativa, al “acto normativo de carácter administrativo” y el artículo 130 del mismo Código lo define así:

“Art. 130.- Competencia normativa de carácter administrativo.- Las máximas autoridades administrativas tienen competencia normativa de carácter administrativo únicamente para regular los asuntos internos del órgano a su cargo, salvo los casos en los que la ley prevea esta competencia a la máxima autoridad legislativa de una administración pública.

La competencia regulatoria de las actuaciones de las personas debe estar expresamente atribuidas en la ley”. (El énfasis me corresponde).

Del tenor del primer inciso del artículo 130 del Código Orgánico Administrativo se observa que, la atribución para expedir actos normativos de carácter administrativo, para regular asuntos internos corresponde a la máxima autoridad de la respectiva entidad, a menos que la ley que rige su funcionamiento asigne esa competencia a otro órgano.

Del análisis efectuado se concluye que, de conformidad con el primer inciso del artículo 130 del Código Orgánico Administrativo, a falta de previsión legal expresa que asigne competencia normativa a un órgano específico de la entidad, la máxima autoridad administrativa tiene atribución para expedir actos normativos de carácter administrativo, exclusivamente para regular los asuntos internos de la entidad a su cargo. Al efecto, según el artículo 47 del mismo Código, en el caso de entidades con personería jurídica propia, la máxima autoridad administrativa se ejerce por su representante legal.

En consecuencia, el Director Ejecutivo del Instituto de Fomento de las Artes, Innovación y Creatividades, quien según el artículo 129 de la Ley Orgánica de Cultura es representante legal de esa entidad y por tanto su máxima autoridad administrativa según el artículo 47 del COA, tiene atribución para emitir normativa interna que facilite las actividades de organización administrativa del IFIAC, necesaria para el normal desarrollo de sus actividades operativas, previo conocimiento del Directorio de ese instituto, según la expresa previsión de la letra h) del artículo 99 del Reglamento a la Ley Orgánica de Cultura.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, no es facultad de la Procuraduría General del Estado determinar las competencias administrativas de las entidades que forman parte del sector público.

EXPROPIACIÓN: COMPETENCIA DE ORDEN DE OCUPACIÓN INMEDIATA DEL INMUEBLE DECLARADO DE UTILIDAD PÚBLICA

Oficio PGE No. 00723 de 29-03-2018

CONSULTANTE: GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN SANTO DOMINGO

CONSULTA:

“En aplicación al inciso primero del artículo 58.1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece que para que proceda la ocupación inmediata del inmueble declarado de utilidad pública se debe realizar el pago previo o la consignación en caso de no existir acuerdo, por lo que ¿Le corresponde al Alcalde del Cantón, mediante resolución debidamente motivada ordenar la ocupación inmediata del inmueble declarado de utilidad pública, una vez que se cumpla las condiciones determinadas en el citado Art. 58.1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?”.

BASE LEGAL:

Constitución de la República del Ecuador: Arts. 323.

Código Orgánico General de Procesos: Art. 146, 332 núm. 9.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización: Arts. 9, 446 y 447.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: Arts.58 núms. 1 y 2.

Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: Arts. 62 y 63.

Codificación y Actualización de Resoluciones del SERCOP: Art. 15 y Disp. Transitoria Cuarta.

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

A fin de contar con mayores elementos para atender su requerimiento, mediante oficio No. 13647 de 16 de enero de 2018 e insistencia contenida en el oficio No. 00032 de 5 de febrero del año en curso, la Procuraduría General del Estado solicitó el criterio institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, lo cual fue atendido por dicho organismo mediante oficio No. SERCOP-SERCOP-2018-0115-OF de 9 de febrero de 2018, ingresado en la misma fecha y oficio No. SERCOP-SERCOP-2018-0120-OF de 15 de febrero de 2018, recibido el 16 del mismo mes y año, ambos suscritos por su Directora General.

Adicionalmente, este organismo mediante oficio No. 13648 de 16 de enero de 2018 e insistencia contenida en el oficio No. 00031 de 5 de febrero del mismo año, requirió el criterio institucional de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, habiendo recibido respuesta de dicha entidad, a través del oficio No. 387-DE-AME-2018 de 15 de febrero de 2018, recibido el 20 de febrero de este año, al que se adjunta el memorando No. 085-DNAJ-AME-2018 de 14 de febrero de 2018, suscrito por el Director Nacional de Asesoría Jurídica.

Mediante oficio No. 086-DNAJ-AME-2018 de 12 de marzo de 2018, ingresado a esta Procuraduría en la misma fecha, se ha remitido un alcance al criterio institucional de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, suscrito por el Director Nacional de Asesoría Jurídica de dicha entidad.

El informe jurídico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Santo Domingo, remitido como anexo al oficio de consulta, consta en el informe No. GADMSD-PS-2018-008-I de 5 de enero de 2018, suscrito por el Procurador Síndico Municipal, quien cita el artículo 447 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, artículos 58.1 y 58.2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el artículo 146 del Código Orgánico General de Procesos, en base de los cuales concluye con el siguiente criterio jurídico:

“De lo hasta aquí analizado, se evidencia que la declaratoria de expropiación le corresponde emitirse por parte de los ejecutivos de las instituciones pública (sic), otro tema relevante con el nuevo procedimiento es la ocupación inmediata del inmueble declarado de utilidad pública, el cual ha generado la duda razonable acerca de quién debe ordenar dicha ocupación, en virtud de que con el actual procedimiento no se establece de manera expresa la competencia de las autoridades para ordenar la misma, tomando en cuenta que dicha atribución conforme lo señala el inciso cuarto del artículo 146 del Código Orgánico General de Proceso (sic), es ordenada por el juez al momento de calificarse la demanda de expropiación, sin embargo la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, únicamente el inciso primero

del artículo 58.1, contempla dos situaciones jurídicas sustanciales, para la procedencia de la referida ocupación inmediata: a) En caso de acuerdo debe realizarse el pago previo; y, b) En el caso de no existir acuerdo debe consignarse.

Por lo anotado en los párrafos precedentes, es criterio de esta Procuraduría Síndica, que al estar facultado actualmente las máximas autoridades de las instituciones pública (sic) para declarar la expropiación, sean estas mismas autoridades quienes ordenen la ocupación inmediata del inmueble, siempre y cuando se cumplan con el requisito sine qua non determinado en el artículo 58.1 de la citada LOSNCP, para que proceda la ocupación inmediata; en el caso concreto de no existir un acuerdo directo con los afectados, una vez consignado los valores (sic) ante el Tribunal Contencioso Administrativo, le corresponde a Usted señor Alcalde, mediante resolución debidamente motivada, disponer la ocupación inmediata del inmueble, sin que el retiro del valor consignado por el expropiado pueda perjudicar la impugnación que pudieran presentar los afectados”.

Por su parte, la Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública en su oficio No. SERCOP-SERCOP-2018-0115-OF de 9 de febrero de 2018, con relación al tema de consulta, cita los artículos 58 y 58.1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 62 y 63 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículos 1, 446 y 447 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, artículo 66 de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo, así como el artículo 15 y Disposición Transitoria Cuarta de la Codificación y Actualización de Resoluciones del SERCOP, contenidas en la Resolución No. RE-SERCOP-2016.0000072, en base de los cuales concluye con el siguiente criterio:

“En el caso particular que se analiza, con los antecedentes y fundamentos expuestos, es criterio de la institución a mi cargo que el Gobierno Autónomo Descentralizado de Santo Domingo, mediante resolución debidamente motivada, podrá ordenar la ocupación inmediata del bien inmueble declarado de utilidad pública, debiendo observar el requisito previo *sine qua non* de pago o consignación del precio, de conformidad con las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y demás normativa jurídica aplicable.

Por consiguiente, el Gobierno Autónomo Descentralizado de Santo Domingo, podrá declarar la ocupación inmediata del inmueble expropiado siempre que haya realizado el pago del precio al propietario del bien inmueble, que no debe exceder al 10% del correspondiente avalúo del predio.

Caso contrario, al no ser factible un acuerdo directo con el dueño del inmueble, deberá consignar el valor referido en el párrafo anterior, sujetándose a las disposiciones del Código Orgánico General de Procesos –COGEP–, que determina el procedimiento a seguir y los requisitos necesarios para que se perfeccione dicho acto.

Finalmente, la referida institución en cumplimiento de lo determinado en el antes citado artículo 58.1 de la LOSNCP, para poder garantizar la correcta aplicación de la normativa, deberá observar los argumentos válidos y necesarios en las dos situaciones que pudieren suscitarse para poder actuar de acuerdo a lo establecido en la Ley, en armonía y correcta aplicación de la misma”.

En el alcance del criterio institucional de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas se citan los artículos 226 y 323 de la Constitución de la República, artículos 58.1, 58.2 y 58.7 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y artículos 1614, 1615 y 1616 del Código Civil; y sobre dicha base, el Director Nacional de Asesoría Jurídica concluye con el siguiente criterio:

“La ocupación inmediata es un elemento que se desprende del acto administrativo de expropiación, es decir, es un elemento accesorio a este, que le dota de una característica específica pero que no cambia la naturaleza del acto, sino que modifica simplemente su modo de ejecución. De esta manera, la expropiación con *ocupación inmediata* no desvirtúa el fin del acto administrativo, sino que le otorga un efecto de cumplimiento inmediato. Puesto que es facultad de la administración emitir el acto de expropiación, le corresponde también ordenar o no la ocupación inmediata ya que, al ser este elemento accesorio, se desprende del principal, que es el acto administrativo de expropiación. Por consiguiente, toda expropiación, inclusive aquellas con ocupación inmediata, se realiza por acto administrativo del titular del GAD Municipal”.

El artículo 323 de la Constitución de la República⁷⁸, permite la expropiación de bienes por parte de las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, previa justa valoración, indemnización y pago, de conformidad con la ley, a la vez que prohíbe la confiscación. Esta atribución es ratificada en el artículo 446 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (en adelante COOTAD)⁷⁹, a favor de los gobiernos regionales, provinciales, metropolitanos y municipales, quienes cumpliendo los presupuestos constitucionales podrán declarar la expropiación de bienes, con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, propiciar programas de urbanización y de vivienda de interés social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo.

En dicho contexto, el artículo 447 del COOTAD, dispone lo siguiente:

“Art. 447.- Declaratoria de utilidad pública.- Para realizar expropiaciones, las máximas autoridades administrativas de los gobiernos regional, provincial, metropolitano o municipal, 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. A la declaratoria 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.

Para el caso de empresas públicas el presidente del directorio en su calidad de máxima autoridad del Gobierno Autónomo Descentralizado podrá declarar de utilidad pública o de interés social, con fines de expropiación mediante acto motivado y siguiendo el procedimiento legal respectivo, con la finalidad de que la empresa pública pueda desarrollar actividades propias de su objeto de creación.

Si el gobierno parroquial requiriera la expropiación de bienes inmuebles, solicitará

78 Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

79 Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010.

documentadamente la declaratoria de utilidad pública al alcalde o alcaldesa del respectivo cantón. Dichos inmuebles, una vez expropiados, pasarán a ser de propiedad del gobierno parroquial.

Para la determinación del justo precio, el procedimiento y demás aspectos relativos a la expropiación se aplicará lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”.

El primer inciso de la disposición legal previamente transcrita determina que, corresponde a las máximas autoridades administrativas de los gobiernos regional, provincial, metropolitano o municipal, resolver la declaratoria de utilidad pública, mediante acto debidamente motivado en el que se individualizará el bien o bienes requeridos y los fines a los que se destinará.

Adicionalmente, el artículo en mención, establece disposiciones especiales para las empresas públicas y gobiernos autónomos descentralizados parroquiales, a la vez que en su último inciso nos remite a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante LOSNCP), para la determinación del justo precio, el procedimiento y demás aspectos relativos a la expropiación.

De conformidad con el artículo 9 del COOTAD, la facultad ejecutiva en los gobiernos autónomos descentralizados “comprende el ejercicio de potestades públicas privativas de naturaleza administrativa bajo responsabilidad de gobernadores o gobernadoras regionales, prefectos o prefectas, alcaldes o alcaldesas cantonales o metropolitanos y presidentes o presidentas de juntas parroquiales rurales”.

El artículo 58.1 de la LOSNCP, relativo a la negociación y precio, referido en su consulta, prescribe lo siguiente:

“Art. 58.1.- Negociación y precio. Perfeccionada la declaratoria de utilidad pública y de interés social, se buscará un acuerdo directo entre las partes, hasta por el plazo máximo de treinta (30) días, sin perjuicio de la ocupación inmediata del inmueble. Para que proceda la ocupación inmediata se debe realizar el pago previo o la consignación en caso de no existir acuerdo. El retiro del valor consignado por el expropiado, que podrá requerirse en cualquier momento dentro del juicio de expropiación, no perjudicará la impugnación propuesta.

El precio que se convenga no podrá exceder del diez por ciento (10%) sobre el valor del avalúo registrado en el catastro municipal y sobre el cual se pagó el impuesto predial del año anterior al anuncio del proyecto en el caso de construcción de obras, o de la declaratoria de utilidad pública y de interés social para otras adquisiciones, del cual se deducirá la plusvalía proveniente de obras públicas y de otras ajenas a la acción del propietario (...).”

Por su parte, el artículo 58.2 de la LOSNCP, determina:

“Art. 58.2.- Falta de acuerdo. Expirado el plazo sin que sea posible un acuerdo directo

la entidad expropiante emitirá el acto administrativo de expropiación tomando como precio el establecido en el artículo anterior sin tomar en cuenta el diez por ciento (10%). El propietario podrá impugnar dicho acto ante las y los jueces de lo contencioso administrativo, exclusivamente en cuanto al justo precio, de conformidad con el trámite para el juicio de expropiación establecido en el Código Orgánico General de Procesos.

El juez en su resolución fijará el precio definitivo en base al avalúo predial menos la plusvalía proveniente de obras públicas y otras ajenas a la acción del propietario. El avalúo predial será el registrado en el catastro municipal sobre el cual se pagó el último impuesto predial del año anterior al anuncio del proyecto en el caso de construcción de obras o de la declaratoria de utilidad pública y de interés social para otras adquisiciones (...)."

De las citas anteriores, se desprende que una vez perfeccionada la declaratoria de utilidad pública o de interés social, se buscará un acuerdo directo entre las partes, hasta por el plazo máximo de treinta días, sin perjuicio de la ocupación inmediata del inmueble, que es posible una vez pagado el precio acordado; o, en el caso de no existir acuerdo, proceder al pago por consignación, que según lo prescrito en el artículo 334 del Código Orgánico General de Procesos⁸⁰ (en adelante COGEP), constituye un procedimiento voluntario.

En el evento de que no exista acuerdo entre la entidad pública y el propietario del inmueble, transcurridos los treinta días, la entidad expropiante emitirá el acto administrativo de expropiación tomando como precio el establecido en el artículo 58.1 de la LOSNCP, sin considerar el diez por ciento (10%) referido en el inciso segundo del artículo ibídem.

Adicionalmente, el artículo 58.2 de la LOSNCP, que en su parte pertinente he transcrito, prevé el derecho del afectado de impugnar el acto de expropiación ante los jueces de lo contencioso administrativo, de conformidad con los presupuestos establecidos en dicha norma.

Es pertinente señalar que, según el numeral 9 del artículo 332 del COGEP, las controversias generadas por falta de acuerdo en el precio a pagar por expropiación, se sustancian en procedimiento sumario.

Con la precisión anterior, es procedente citar el artículo 146 del COGEP, transcrito en el informe jurídico de la entidad consultante, disposición legal que forma parte del LIBRO III denominado "DISPOSICIONES COMUNES A TODOS LOS PROCESOS", "TÍTULO I ACTOS DE PROPOSICIÓN, CAPÍTULO I DEMANDA", cuyo tenor es:

"Art. 146.- Calificación de la demanda. Presentada la demanda, la o el juzgador, en el término máximo de cinco días, examinará si cumple los requisitos legales generales y especiales que sean aplicables al caso. Si los cumple, calificará, tramitará y dispondrá la práctica de las diligencias solicitadas.

Si la demanda no cumple con los requisitos previstos en este Código, la o el juzgador dispondrá que la o el actor la complete o aclare en el término de tres días, si no lo hace, ordenará el archivo y la devolución de los documentos adjuntados a ella, sin necesidad de dejar copias.

En materia de niñez y adolescencia, la o el juzgador fijará provisionalmente la pensión de alimentos y el régimen de visitas.

En caso de expropiación urgente la o el juzgador al momento de calificar la demanda ordenará la ocupación inmediata del inmueble, siempre que a la demanda se acompañe el precio fijado en el avalúo comercial municipal.

El juez dispondrá la inscripción en el registro correspondiente, de las demandas que versen sobre dominio o posesión de inmuebles o de muebles sujetos a registro, así como también de las demandas que versen sobre demarcación y linderos, servidumbres, expropiación, división de bienes comunes y acciones reales inmobiliarias.

Antes de que se cite con la demanda se realizará la inscripción, que se comprobará con el certificado respectivo. La omisión de este requisito será subsanable en cualquier estado del juicio, pero constituye falta susceptible de ser sancionada; al efecto, la jueza o el juez deberán comunicar del particular al respectivo director provincial del Consejo de la Judicatura para que proceda a sustanciar el correspondiente sumario administrativo.

La inscripción de la demanda no impide que los bienes se enajenen válidamente en remate forzoso y aún de modo privado, pero el fallo que en el litigio recayere tendrá fuerza de cosa juzgada contra el adquirente, aunque este no haya comparecido en el juicio. Hecha la inscripción del traspaso de dominio, el registrador la pondrá en conocimiento del juez de la causa, dentro de tres días, mediante oficio que se incorporará al proceso.

Si la sentencia fuere favorable al actor, el juez ordenará que se cancelen los registros de transferencia, gravámenes y limitaciones al dominio efectuados después de la inscripción de la demanda”.

La disposición antes citada, es una norma general, aplicable a todos los procesos, que regula la calificación de la demanda por parte del juzgador; y en su inciso cuarto, para el juicio de expropiación, prescribe que en caso de expropiación urgente, el juzgador al momento de calificar la demanda ordenará la ocupación inmediata del inmueble, siempre que a ésta se acompañe el precio fijado en el avalúo comercial municipal.

Según manifesté previamente, para que proceda la ocupación inmediata de un inmueble que es objeto de expropiación, debe indefectiblemente haberse pagado o consignado el precio, según las previsiones de los artículos 58.1 y 58.2 de la LOSNCP, ya que es a través del pago del justo precio como la entidad pública resarce al propietario del bien por el despojo de la propiedad.

En cualquier caso, sea que exista o no acuerdo entre las partes, ha de entenderse que, si la expropiación es urgente, puede ocuparse el inmueble, antes de que se perfeccione la expropiación con la correspondiente inscripción en el registro de la propiedad, y sin perjuicio de cualquier resolución judicial posterior, pero la ley no ha establecido expresamente a quién le corresponde determinar la calidad de “urgente” de la expropiación.

La competencia es la esfera de atribuciones de los organismos y entidades. A decir del tratadista Roberto Dromi⁸¹ “la competencia de los órganos administrativos es el conjunto de atribuciones que, en forma expresa o razonablemente implícita, confieren la Constitución Nacional, la Constitucional provincial, los tratados, las leyes y los reglamentos”.

Lo dicho guarda estrecha relación con el principio general del derecho, que determina que “quien puede lo más puede lo menos”, cuya aplicación permite concluir que si una entidad por razones de

81 Derecho Administrativo, décima edición, editorial Ciudad Argentina, 2004, pág. 361.

utilidad pública o interés social y nacional, según lo prescrito en el artículo 323 de la Constitución de la República, tiene competencia para declarar de utilidad pública un bien y resolver su ulterior expropiación, a través de la cual priva al administrado de su propiedad, a cambio de un justo precio, es evidente que la misma autoridad que tiene la atribución de resolver la expropiación del inmueble, tiene implícita la atribución de declarar como “urgente” tal expropiación y ordenar su inmediata ocupación.

En consecuencia, a los gobiernos autónomos descentralizados, que según los artículos 446 y 447 del COOTAD, tienen la potestad de emitir la declaratoria de utilidad pública y la ulterior expropiación, de conformidad con las previsiones de los artículos 58, 58.1 y siguientes de la LOSNCP, mediante resolución debidamente motivada, les compete a través de su máxima autoridad ejecutiva, que de conformidad con el artículo 9 del COOTAD corresponde a gobernadores regionales, prefectos, alcaldes cantonales o metropolitanos, declarar urgente la expropiación y ordenar la ocupación inmediata del inmueble, una vez que se cumplan las condiciones determinadas en el citado Art. 58.1 de la LOSNCP, referidas al pago previo del precio o la consignación del mismo, en caso de no existir acuerdo entre las partes y sin perjuicio de cualquier resolución judicial posterior.

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

EXPROPIACIÓN: PROTOCOLIZACIÓN E INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Oficio PGE No. 01286 de 31-10-2018

CONSULTANTE: GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN RUMIÑAHUI

CONSULTA:

“Conforme lo establecido en el artículo 58.2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, al no existir acuerdo entre las partes, ¿Es procedente que la máxima autoridad en el acto administrativo de expropiación que invoca el inciso primero del referido artículo 58.2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, emita una resolución pertinente y disponga su protocolización en una notaría pública e inscripción en el Registro de la Propiedad, misma que servirá de suficiente título de dominio a favor de la entidad expropiante, conforme lo prevé el inciso final de la precitada disposición, previa la consignación del respectivo precio de expropiación ante el juez competente?”.

BASE LEGAL:

Constitución de la República: Arts. 66 núm. 26, 226 y 323.

Código Orgánico General de Procesos: Art. 96, 143, 146 y 332 núm. 9.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización: Art. 446, 447 y 448.

Código Civil: Art. 691, 718, 1614, 1615 y 1616.

Código de Procedimiento Civil: Arts. 793, 804 y 857 (derogado).

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: Art. 58.1, 58.2 y 58.7.

Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: Arts. 62 y 63.

Ley Notarial: Art. 26

Pronunciamiento del Procurador General del Estado: Oficio No. 00723 de 29-03-2018

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

En aplicación de lo dispuesto en los artículos 237 numeral 3 de la Constitución de la República, 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, con oficios No. 01778 de 20 de junio de 2018 y 02144 de 12 de julio del mismo año, este organismo solicitó e insistió al gobierno autónomo descentralizado municipal del cantón Rumiñahui, reformular los términos de su consulta, de manera que trate sobre la inteligencia o aplicación de una norma jurídica, petición que ha sido atendida mediante oficio No. GADMUR-A-2018-0139 de 25 de julio de 2018.

A fin de contar con mayores elementos de análisis, en forma previa a atender su consulta, mediante oficios Nos. 00111 y 00112 de 13 de agosto de 2018, este organismo solicitó los criterios jurídicos institucionales de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas y del Servicio Nacional de Contratación Pública, respectivamente. Con oficios Nos. 00425 y 00426 de 31 de agosto de 2018, se insistió en dichos requerimientos, que han sido atendidos con oficio No. AME-DE-2018-0076 de 14 de septiembre de 2018, al que se adjunta el memorando No. 403-DNAJ-AME-2018 de 7 de septiembre de 2018, suscrito por el Director Nacional de Asesoría Jurídica; y, mediante oficio No. SERCOP-CNAJ-2018-0491-OF de 7 de septiembre de 2018, suscrito por el Coordinador General del Asesoría Jurídica del SERCOP.

El criterio jurídico que se ha remitido adjunto a la consulta, contenido en memorando No. GADMUR-S-2018-2015 de 19 de julio de 2018, suscrito por el Procurador Síndico de la entidad consultante, invoca como fundamentos legales los artículos 323 de la Constitución de la República, 57, 60, 446, 447 y 456 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, 599, 686 y 739 del Código Civil y 58, 58.1 y 58.2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Sobre dicha base normativa manifiesta y concluye con el siguiente criterio institucional:

“(…) El Código Civil en sus artículos 599, 686 y 739 dispone que el dominio es el derecho real sobre una cosa corporal para gozar y disponer de ella, que la propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad y que la tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, transferencia de dominio que se extiende a todos los otros derechos reales y que para adquirir la posesión mediante la tradición ésta debe estar inscrita en el correspondiente libro del Registro de Propiedad.

El artículo 58.1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su primer inciso establece textualmente que una vez perfeccionada la declaratoria de utilidad pública y de interés social, se buscará un acuerdo directo entre las partes, hasta por el plazo máximo de treinta (30) días, sin perjuicio de la ocupación inmediata del inmueble; y, el inciso final del citado artículo dispone que el acuerdo y la correspondiente transferencia de dominio se formalizarán con la respectiva escritura pública que se inscribirá en el Registro de la Propiedad; no obstante en el artículo 58.2, de la mencionada norma no determina de forma clara qué documento se debe formalizar e inscribir en el Registro de la Propiedad como justo título de dominio, siendo que en este caso únicamente en el inciso primero se expresa que en caso de falta de acuerdo, una vez expirado el plazo sin que sea posible un acuerdo directo entre las partes, la entidad expropiante emitirá el acto administrativo de expropiación, disponiendo en el inciso final que para la transferencia de inmuebles adquiridos por declaratoria de utilidad pública y de interés social, los propietarios deberán tener cancelados todos los impuestos correspondientes a dicha propiedad, excepto los que correspondan a la transferencia de dominio, que no se generarán en este tipo de adquisiciones; esto es, que no se señala que tal transferencia de dominio debe ser resuelta en el acto administrativo que para tal efecto emita la máxima autoridad o que la misma será ordenada por la autoridad judicial competente, previa la consignación del respectivo precio de la expropiación, es decir, dentro del juicio de consignación es en donde la autoridad judicial debería disponer al GADMUR la legalización de la transferencia y su inscripción en el Registro de la Propiedad; por lo que existiendo oscuridad en la aplicación de dicha norma requiere de la interpretación correspondiente.

CRITERIO JURÍDICO:

(…) sobre la base de las disposiciones legales transcritas es criterio de esta Procuraduría Síndica que la legalización de la transferencia de dominio del predio o inmueble expropiado, en caso de no existir acuerdo directo entre las partes, deberá señalarse y disponer en el acto administrativo de expropiación que se invoca en el inciso primero del artículo 58.2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, esto es, mediante la resolución pertinente de la máxima autoridad, que será protocolizada en una Notaría Pública

e inscrita en el Registro de la Propiedad y será suficiente título de dominio a favor de la entidad expropiante, conforme lo prevé el inciso final de la precitada disposición, previa la consignación del respectivo precio de la expropiación ante el Juez competente”.

De su parte, el Coordinador General de Asesoría Jurídica del Servicio Nacional de Contratación Pública, cita los artículos 226, 227, 288 y 323 de la Constitución de la República, 4, 5, 9, 10, 58, 58.1, 58.2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 62 y 63 de su Reglamento; 1, 446, 447 y 448 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, 96 del Código Orgánico General de Procesos, 1572 y 1886 del Código Civil; y, 15 de la Codificación y Actualización de Resoluciones del SERCOP, contenida en la Resolución No. RE-SERCOP-2017-000072; así también, cita dos pronunciamientos de éste organismo, contenidos en oficios Nos. 09106 y 12249 de 12 de enero y 26 de septiembre de 2017, respectivamente. Con tales fundamentos normativos, manifiesta y concluye lo siguiente:

“2.- Perfeccionada la declaratoria de utilidad pública y de interés social, se buscará un acuerdo directo entre las partes, hasta por el plazo máximo de **treinta (30) días**, sin perjuicio de la ocupación inmediata del inmueble. En caso de no existir acuerdo, la Entidad Pública procederá a emitir el acto administrativo de expropiación, consignando para ello el justo precio ante el Juez competente.

(...) 3.- El precio que se convenga no podrá exceder del diez por ciento (10%) sobre el valor del avalúo registrado en el catastro municipal y **sobre el cual se pagó el impuesto predial del año anterior al anuncio del proyecto** en el caso de construcción de obras, o de la declaratoria de utilidad pública y de interés social para otras adquisiciones, del cual se deducirá la plusvalía proveniente de obras públicas y de otras ajenas a la acción del propietario.

(...) En conclusión, el acto administrativo de declaratoria de utilidad pública emitido por la Administración debe ser inscrito en el Registro de la Propiedad del cantón respectivo, de esta manera se justifica el dominio de la propiedad expropiada por razones de interés social del Estado, discutiéndose en lo posterior la fijación del justo precio que debe pagarse por el bien inmueble en caso que no exista el acuerdo entre las partes.”

De su parte, el criterio institucional de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas invoca los artículos 323 de la Constitución de la República, 58.1, 58.2, 58.7 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 96 y 146 del Código Orgánico General de Procesos, 26 de la Ley Notarial y 1614, 1615 y 1616 del Código Civil, y expone el criterio que sigue:

“(...) se concluye que la reforma a la Ley determina que la expropiación se perfecciona mediante acto administrativo, en el cual se determina la inscripción en el Registro de la Propiedad, previa protocolización ante Notario, según lo establece el artículo 26 de la Ley Notarial, para concluir con el traspaso de dominio al GADM.

“Art. 26.- Escritura pública es el documento matriz que contiene los actos y contratos o negocios

jurídicos que las personas otorgan ante notario y que éste autoriza e incorpora a su protocolo.

Se otorgarán por escritura pública los actos y contratos o negocios jurídicos ordenados por la Ley o acordados por voluntad de los interesados.”

Para el efecto, se debe observar la capacidad de impugnación del administrado sobre el justo precio, garantizado el derecho consagrado en el artículo 323 de la Constitución de la República del Ecuador”.

Para atender su consulta es pertinente considerar como antecedente el principio de legalidad que debe regir la actuación de la administración pública, constante en el artículo 226 de la Constitución de la República⁸², que prescribe lo siguiente:

“Art. 226.- 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”.

El numeral 26 del artículo 66 de la Constitución de la República reconoce y garantiza a las personas:

“26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas”.

Concordante, el artículo 321 de la Constitución expresa que el Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta.

Por otro lado, la citada Constitución en su artículo 323 prevé que el Estado pueda limitar el derecho de propiedad, a través de la figura de la expropiación de bienes por parte de las instituciones estatales, al tiempo que prohíbe cualquier forma de confiscación, en tal sentido expresa:

“Art. 323.- 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”.

Concordantemente con lo dispuesto en la Carta Constitucional, el artículo 446 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (en adelante COOTAD)⁸³,

82 Constitución de la República del Ecuador. Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

83 Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Publicado en el Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de

ratifica la potestad expropiatoria a favor de los gobiernos autónomos descentralizados regionales, provinciales, metropolitanos y municipales, quienes ceñidos al mandato que obra de los presupuestos constitucionales y legales, podrán declarar la expropiación de bienes con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, propiciar programas de urbanización y de vivienda de interés social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo.

En este contexto, el artículo 447 del COOTAD, expresa:

“Art. 447.- Declaratoria de utilidad pública.- Para realizar expropiaciones, las máximas autoridades administrativas de los gobiernos regional, provincial, metropolitano o municipal, 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. A la declaratoria 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.

Para el caso de empresas públicas el presidente del directorio en su calidad de máxima autoridad del Gobierno Autónomo Descentralizado podrá declarar de utilidad pública o de interés social, con fines de expropiación mediante acto motivado y siguiendo el procedimiento legal respectivo, con la finalidad de que la empresa pública pueda desarrollar actividades propias de su objeto de creación.

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, pasarán a ser de propiedad del gobierno parroquial.

Para la determinación del justo precio, el procedimiento y demás aspectos relativos a la expropiación se aplicará lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”.

La disposición legal transcrita determina que, corresponde a las máximas autoridades ejecutivas de los gobiernos autónomos descentralizados, resolver la declaratoria de utilidad pública, mediante acto debidamente motivado. Así también el citado artículo expresa que, para la determinación del justo precio, el procedimiento y demás aspectos relativos a la expropiación, se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante LOSNCP)⁸⁴.

Cabe anotar que, a partir de la promulgación de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública⁸⁵, se unificó la normativa vinculada al procedimiento expropiatorio, el cual está previsto en la Sección III, “De la Adquisición de Bienes Inmuebles”, artículo 58 y siguientes de la LOSNCP.

2010.

84 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 395 de 04 de agosto del 2008.

85 Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública. Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 966 de 20 de Marzo del 2017.

El artículo 58.1 de la LOSNCP, relativo a la negociación y precio, prescribe lo que sigue:

“Art. 58.1.- Negociación y precio. Perfeccionada la declaratoria de utilidad pública y de interés social, se buscará un acuerdo directo entre las partes, hasta por el plazo máximo de treinta (30) días, sin perjuicio de la ocupación inmediata del inmueble. Para que proceda la ocupación inmediata se debe realizar el pago previo o la consignación en caso de no existir acuerdo. El retiro del valor consignado por el expropiado, que podrá requerirse en cualquier momento dentro del juicio de expropiación, no perjudicará la impugnación propuesta.

El precio que se convenga no podrá exceder del diez por ciento (10%) sobre el valor del avalúo registrado en el catastro municipal y sobre el cual se pagó el impuesto predial del año anterior al anuncio del proyecto en el caso de construcción de obras, o de la declaratoria de utilidad pública y de interés social para otras adquisiciones, del cual se deducirá la plusvalía proveniente de obras públicas y de otras ajenas a la acción del propietario (...)

De su parte, el artículo 58.2 de la LOSNCP, al que hace referencia su consulta, determina:

“Art. 58.2.- Falta de acuerdo. Expirado el plazo sin que sea posible un acuerdo directo la entidad expropiante emitirá el acto administrativo de expropiación tomando como precio el establecido en el artículo anterior sin tomar en cuenta el diez por ciento (10%). El propietario podrá impugnar dicho acto ante las y los jueces de lo contencioso administrativo, exclusivamente en cuanto al justo precio, de conformidad con el trámite para el juicio de expropiación establecido en el Código Orgánico General de Procesos.

El juez en su resolución fijará el precio definitivo en base al avalúo predial menos la plusvalía proveniente de obras públicas y otras ajenas a la acción del propietario (...).

Para la transferencia de inmuebles adquiridos por declaratoria de utilidad pública y de interés social, los propietarios deberán tener cancelados todos los impuestos correspondientes a dicha propiedad, excepto los que correspondan a la transferencia de dominio, que no se generarán en este tipo de adquisiciones. Si los tributos se mantuvieran impagos, se deducirán del precio de venta”.

De lo citado se advierte que, una vez perfeccionada la declaratoria de utilidad pública o de interés social, según el Art. 58.1 de la LOSNCP se buscará un acuerdo directo entre las partes, hasta un plazo máximo de treinta días, sin perjuicio de la ocupación inmediata del inmueble, que es factible una vez haya operado el previo pago. En caso de no existir acuerdo directo, se debe proceder conforme a lo establecido en el en el Código Orgánico General de Procesos⁸⁶ (en adelante COGEP), según ha examinado este organismo en pronunciamiento contenido en el oficio No. 00723 de 29 de marzo de 2018, relacionado con la aplicación del artículo 58.1 de la LOSNCP, en el que se concluyó que:

“(…) a los gobiernos autónomos descentralizados, que según los artículos 446 y 447 del COOTAD, tienen la potestad de emitir la declaratoria de utilidad pública y la ulterior expropiación, de conformidad con las previsiones de los artículos 58, 58.1 y siguientes de la LOSNCP, mediante resolución debidamente motivada, les compete a través de su máxima autoridad ejecutiva, que de conformidad con el artículo 9 del COOTAD corresponde a gobernadores regionales, prefectos, alcaldes cantonales o metropolitanos, declarar urgente la expropiación y ordenar la ocupación inmediata del inmueble, una vez que se cumplan las condiciones determinadas en el citado Art. 58.1, referidas al pago previo del precio o la consignación del mismo, en caso de no existir acuerdo entre las partes y sin perjuicio de cualquier resolución judicial posterior”.

En este mismo orden de ideas, se desprende que, ante la falta de acuerdo directo entre la institución pública y el propietario del bien inmueble, una vez que han transcurrido los treinta días para el efecto, previstos en el primer inciso del artículo 58.1 de la LOSNCP, la entidad expropiante emitirá el acto administrativo de expropiación tomando como precio el establecido en esa norma, sin considerar el diez por ciento (10%) referido en inciso segundo del mismo artículo.

Ahora bien, de acuerdo con el primer inciso del artículo 58.2 de la LOSNCP, está previsto el derecho del afectado, de impugnar el acto administrativo de expropiación exclusivamente en cuanto al justo precio, para lo cual el COGEP en su Capítulo III, relacionado a los Procedimientos Sumarios, contempla el procedimiento aplicable, en el ordinal 9 del artículo 332, que expresa:

“Art. 332.- Procedencia.- Se tramitarán por el procedimiento sumario:

(…) 9. Las controversias generadas por falta de acuerdo en el precio a pagar por expropiación”.

De lo señalado previamente, se evidencia que la LOSNCP deriva al COGEP la tramitación del juicio de expropiación, a fin de que el afectado pueda impugnar el acto de expropiación, que versará sobre el justo precio del inmueble.

En lo referente a los documentos que debe acompañar a la demanda de expropiación, el artículo 143 del COGEP, dispone:

“Art. 143.- Documentos que se deben acompañar a la demanda. A la demanda deben acompañarse, cuando corresponda, los siguientes documentos;

(…) 6. En los casos de expropiación, la declaratoria de utilidad pública, el certificado de propiedad y gravámenes emitido por el Registro de la Propiedad, el certificado del catastro en el que conste el avalúo del predio”.

Por su parte, el artículo 146 del COGEP, a modo general y aplicable a todos los procesos, regula la calificación de la demanda por parte del juzgador, no obstante, en lo que se relaciona al juicio de expropiación, establece en su inciso quinto, que el juez dispondrá la inscripción en el registro correspondiente, de las demandas que versen sobre dominio o posesión de inmuebles o de muebles sujetos a registro, así como también de las demandas que traten, entre otros, sobre procesos de expropiación.

El tratadista argentino José Canasi, en el Volumen IV de su obra titulada “Derecho Administrativo”, en su Capítulo XXI analiza sobre la expropiación pública, lo siguiente:

“Cuando no hay avenimiento entre las partes y se trate de bienes raíces, se puede tomar la posesión de urgencia, dispuesto por el juez de la causa, depositando en los autos el importe de la valuación para el pago del impuesto de la contribución territorial (...) de no ser aceptada por el expropiado, es materia de determinación de su monto definitivo por parte del juzgador (...) Sólo entonces, cuando se haya pagado la suma dispuesta por sentencia definitiva, se considera transferida del expropiado al expropiador la propiedad del bien correspondiente. Toda anotación en el Registro de la Propiedad, antes de esta transferencia definitiva, es de carácter provisorio (...)”.

En esa línea, el inciso final del artículo 96 del COGEP, sobre el contenido de la sentencia que pone fin al juicio de expropiación, prescribe en forma expresa lo siguiente:

“Art. 96.- Contenido de la sentencia de expropiación. Además de lo previsto en el artículo anterior, la sentencia de expropiación contendrá:

(...) **Depositado el precio la sentencia se protocolizará y se inscribirá para que sirva de título de propiedad**”. (Lo resaltado me corresponde)

La exposición de motivos del COGEP, entre otras cosas, destaca como antecedentes de la norma adjetiva, al Código de Procedimiento Civil, que fue derogado por la Disposición Derogatoria Primera de la nueva legislación procesal.

Así, en lo que respecta a la sentencia de expropiación, el Código de Procedimiento Civil⁸⁷ de 1953, contemplaba en su artículo 857, lo que sigue:

“Art. 857.- 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**”. (Resaltado me corresponde).

En tanto que el Código de Procedimiento Civil⁸⁸ de 1987, en su artículo 804 manifestaba:

87 Código de Procedimiento Civil. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No.133 de 7 de febrero de 1953.

88 Código de Procedimiento Civil. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 687 de 18 de mayo de 1987.

“Art. 804.- La sentencia, al decretar la expropiación, fijará los linderos de lo expropiado y el precio. **Depositando éste, se protocolizará la sentencia y se la inscribirá, para que sirva de título de propiedad**”. (Resaltado me corresponde).

Finalmente, el artículo 793 del Código Adjetivo Civil Ecuatoriano⁸⁹, Cuarta Codificación, de 12 de julio de 2005, expresaba:

“Art. 793.- 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**. (Resaltado me corresponde).

De la doctrina y los textos normativos transcritos, se aprecia que todos guardan armonía respecto al efecto de la sentencia que pone fin al proceso de expropiación y su relación directa vinculada a la sentencia, como título de propiedad que sirve de antecedente al modo de adquirir el dominio que es la tradición.

En similar sentido lo advirtieron los primeros fallos del máximo organismo de Justicia en Ecuador. Así lo deja entrever la Jurisprudencia de Tercera Instancia, de la Gaceta Judicial, año LV, serie VII, Nro.14, página 1685, cuya parte pertinente señala:

“(…) Cabe distinguir al efecto las formalidades que las leyes exigen para la expropiación y las que se refieren únicamente a la forma de constituir el título, perteneciendo a las primeras como esenciales la declaración de utilidad pública, la citación al propietario, la evaluación en forma legal, el pago del precio y la sentencia que declara hecha la expropiación (…)

(…) la misma ley, al ordenar en el art. 851 del Código de Procedimiento Civil **la protocolización e inscripción de sólo la sentencia, reconoció que las copias de las demás piezas del proceso, no eran indispensables para que el título de propiedad quede legal y suficientemente establecido**. Habiéndose cumplido todas las formalidades de la expropiación hasta recibir el precio, como lo reconoce la demanda y dictada la sentencia, que si se la protocolizó e inscribió (…”. (Lo resaltado me corresponde).

Vale examinar que el Código Civil⁹⁰ ecuatoriano, en su artículo 686, señala que la tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo, por una parte, la facultad e intención de transferir el dominio y, por otra, la capacidad e intención de adquirirlo.

El tratadista ecuatoriano, Juan Larrea Holguín, sobre la tradición manifiesta: *“La entrega que surte una plenitud de efectos jurídicos es la tradición. La tradición es una entrega cualificada, que importa*

89 Código de Procedimiento Civil, 2005. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio de 2005.

90 Código Civil. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

*sobremanera por cuanto sirve para cumplir las obligaciones y para transferir derechos (...)*⁹¹.

De su parte, el artículo 691 del Código Sustantivo Civil prevé que para que la tradición sea válida, se requiere un título traslativo de dominio, que conforme lo establece el artículo 718 del mismo código, es constitutivo o traslativo de dominio. En lo que corresponde específicamente a los citados títulos translaticios, por su naturaleza sirven para transferir el dominio; constan dentro de este grupo, por ejemplo, la venta, la permuta, la donación, las sentencias de adjudicación en juicios divisorios.

La entidad consultante manifiesta que el artículo 58.1 de la LOSNCP establece textualmente que una vez perfeccionada la declaratoria de utilidad pública y de interés social, se buscará un acuerdo directo entre las partes. Señala igualmente, que el inciso final del artículo invocado dispone que el acuerdo y la correspondiente transferencia de dominio se formalizará con la respectiva escritura pública que se inscribirá en el Registro de la Propiedad; y, afirma que el artículo 58.2 de la mencionada norma no determina de forma clara qué documento se debe formalizar e inscribir en el Registro de la Propiedad como justo título de dominio.

En este orden de ideas, concluye la entidad consultante que la instrumentación de la transferencia de dominio del predio o inmueble expropiado, en caso de no existir acuerdo directo entre las partes, se deberá disponer en el acto administrativo de expropiación, esto es mediante la resolución pertinente de la máxima autoridad de la entidad expropiante, resolución que será protocolizada en una notaría pública e inscrita en el Registro de la Propiedad, lo cual será, a criterio de la consultante, suficiente título de dominio a favor de la entidad expropiante.

Sin embargo, las normas invocadas no prevén que el acto administrativo de expropiación, que cita el primer inciso del artículo 58.2 de la LOSNCP, deba ser protocolizado en una notaría pública e inscrito en el Registro de la Propiedad y que ello pueda constituir suficiente título de dominio a favor de la entidad expropiante; por el contrario, la figura jurídica de la expropiación⁹² produce efectos de variada naturaleza, quizá el principal, la transferencia de la propiedad, consecuentemente, el traslado del dominio del expropiado al expropiante, mediante tradición, que es un modo derivativo de adquirir el dominio que requiere un título que le sirva de antecedente.

La LOSNCP prevé en su artículo 58 los mecanismos que viabilizan la adquisición de dominio de inmuebles por las entidades públicas, diferencia el procedimiento, según exista o no acuerdo con el expropiado; y, para el caso de inexistencia del acuerdo previo que el artículo 58.1 de la LOSNCP señala, establece que se procederá con el juicio de expropiación, en atención al mandato del artículo 58.2 y al trámite previsto en el COGEP. En tal contexto, corresponde a los jueces resolver mediante sentencia lo que en derecho corresponda, la cual deberá ser protocolizada⁹³ e inscrita⁹⁴ para que sirva de título de propiedad.

⁹¹ LARREA Holguín Juan / Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana. Editorial Gráficas Ruiz.

⁹² CABANELLAS de Torres Guillermo / Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta S.R.L. Quinta Edición. Marzo de 1996. Buenos Aires. Página 127. "EXPROPIACIÓN. Desposeimiento o privación de la propiedad, por causa de utilidad pública o interés preferente, y a cambio de una indemnización previa".

⁹³ Ley Notarial / Publicada en el Registro Oficial No. 158 de 11 de noviembre de 1966 / Art. 18.- Son atribuciones exclusivas de los notarios, además de las constantes en otras leyes (...) 2.- Protocolizar instrumentos públicos o privados por orden judicial o a solicitud de parte interesada patrocinada por abogado, salvo prohibición legal;

⁹⁴ Ley de Registro / Publicada en el Registro Oficial No. 150 de 28 de octubre de 1966 / Art. 1.- La inscripción de los instrumentos públicos, títulos y demás documentos que la Ley exige o permite que se inscriban en los registros correspondientes, tiene principalmente los siguientes objetos: a) Servir de medio de tradición del dominio de bienes raíces y de los otros derechos reales constituidos en ellos (...)

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que, conforme lo establecido en el artículo 58.2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, de no existir acuerdo entre la entidad pública expropiante y el propietario(s) del inmueble declarado de utilidad pública, no es procedente que la resolución que contiene el acto administrativo de expropiación emitido por la máxima autoridad de la respectiva entidad pueda ser protocolizado en una notaría pública e inscrito en el Registro de la Propiedad para que posteriormente le sirva como suficiente título de dominio a su favor, sino que, de acuerdo con la previsión expresa del inciso final del artículo 96 del COGEP, la sentencia constituye título de propiedad.

Este pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas; por lo tanto, es de responsabilidad exclusiva de los personeros de la entidad pública su aplicación a casos particulares.

FUSIÓN O ESCISIÓN DE SOCIEDADES: OBLIGACIONES TRIBUTARIAS

Oficio PGE No. 01619 de 16-11-2018

CONSULTANTE: GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN LOJA

CONSULTA:

“Es procedente que el Municipio de Loja en los trámites de escisión o fusión de compañías al amparo de lo que dispone el artículo 352 de la Ley de Compañías reconozca la exención del pago de impuestos municipales (utilidad y alcabalas) aun cuando el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización y la Ordenanza que Regula el Pago del Impuesto a la Utilidad y las Plusvalías en las Transferencias de Predios en el Cantón Loja no reconoce la exención de dichos impuestos”.

BASE LEGAL:

Constitución de la República: Arts. 82 y 226

Código Civil: Arts. 1 y 718.

Código Tributario: Art. 15, 16, 18, 31 y 32.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización: Arts. 491, 527, 528, 531, 556 y 558.

Ley de Compañías: Art. 337, 338, 339, 341, 348 núm. 1 y 352.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización: Arts. 491, 527, 528, 531, 556 y 558.

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

A fin de contar con mayores elementos de análisis, a través de oficios Nos. 00529 y 00530 de 6 de septiembre de 2018, e insistencias contenidas en oficios No. 00793 y 00794 de 26 de septiembre de 2018, este organismo solicitó a la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (AME) y a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, sus criterios institucionales sobre la consulta planteada.

Mediante oficio No. AME-DE-2018-0088 de 28 de septiembre de 2018, la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (AME) ha remitido adjunto el criterio jurídico institucional, contenido en el memorando No. AME-DNAJ-2018-0453-M de 24 de septiembre de 2018, suscrito por el Director Nacional de Asesoría Jurídica (E) de esa entidad.

La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros remitió su criterio jurídico institucional a través de oficio No. SCVS-SG-2018-00083276-O de 11 de octubre de 2018, suscrito por la Secretaria General de esa entidad, que refiere el memorando No. SCVS-INPAI-2018-1093-M de 9 de octubre de 2018, que contiene el criterio de la Intendente Nacional de Procuraduría y Asesoría Institucional (E).

El criterio jurídico de la entidad consultante, contenido en el oficio No. 158-PSM-2018 de 21 de agosto de 2018, suscrito por el Procurador Síndico Municipal, cita como fundamentos jurídicos los artículos: 82 de la Constitución de la República; 491, 527, 528, 556 y 558 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; 352 de la Ley de Compañías; 1 del Código Civil; y, 3, 4 y 7 de la Ordenanza que Regula el Pago del Impuesto a la Utilidad y las Plusvalías en las Transferencias de Predios en el Cantón Loja. Sobre dicha base concluye con el siguiente criterio que se transcribe en forma textual:

“(...) tanto la escisión como la fusión contemplan la transferencia del patrimonio para cumplir su objetivo, sin embargo, con efectos de determinar si existe el hecho generador de la utilidad o si las (sic) transferencia por escisión o fusión está sujeta a impuesto municipal alguno es necesario que el Municipio de Loja establezca si existe diferencia entre el valor por el cual se adquirió el bien inmueble (escritura pública) y el valor por el cual se realiza la transferencia. Al no existir diferencia entre el valor de adquisición y el de transferencia, no procede cobro de los impuestos en referencia pues no existe utilidad imponible, **siendo procedente aplicar lo dispuesto en el artículo 352 de la Ley de Compañías**; por otro lado, procede el pago por concepto de utilidad y plusvalía, así como de alcabalas

si se genera diferencia entre el valor inicial y el de la transferencia debiéndose aplicar las deducciones contempladas en los artículos 557 y 559 del COOTAD”. (Lo resaltado me corresponde).

Con memorando No. AME-DNAJ-2018-0453-M de 24 de septiembre de 2018, el Director Nacional de Asesoría Jurídica (E) de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (AME), en relación a la consulta planteada cita los artículos 337, 345 y 352 de la Ley de Compañías; 491 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; 31 y 35 del Código Tributario y emite criterio jurídico en los siguientes términos:

“(…) la exención se establece cuando se excluye del pago de la obligación tributaria existente. En este caso existe un hecho generador capaz de crear una obligación tributaria, por lo tanto, es procedente aplicar la exención.

(…) la exención cabe para las compañías cuyo objeto cumpla un fin social o público, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 35 del Código Tributario”.

En el oficio No. SCVS-SG-2018-00083276-O de 11 de octubre de 2018, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros cita los artículos 491, 528, 534, 556 y 558 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; 31 y 32 del Código Tributario; y, 337, 345 y 352 de la Ley de Compañías, en base de los cuales manifiesta y concluye lo siguiente:

“El artículo 31 del Código Tributario define a la exención como ‘la exclusión o la dispensa legal de la obligación tributaria, establecida por razones de orden público, económico o social’.

Así mismo, el artículo 32 de la norma *ibídem* determina: ‘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’.

(…) la norma societaria reconoce expresamente la dispensa legal, de orden económico, respecto de cualquier obligación tributaria que se genere por el proceso de fusión o escisión de compañías, como es el caso de los impuestos de alcabalas y a las utilidades en la transferencia de predios urbanos y plusvalía.

(…) este Organismo de Control considera que los impuestos de *alcabalas y a las utilidades en la transferencia de predios urbanos* y plusvalía, generados por el proceso de fusión o escisión de compañías, se encuentran exentos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 352 de la Ley de Compañías, sin perjuicio de la exoneración del impuesto de alcabalas reconocida en el literal g) del artículo 534 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

(…) es opinión de esta Intendencia Nacional de Procuraduría y Asesoría Institucional que

es procedente que el Municipio del cantón Loja reconozca la exención de los impuestos de alcabalas y a las utilidades en la transferencia de predios urbanos y plusvalía, respecto de los traspasos de bienes y pasivos que se realicen en procesos de escisión o fusión de sociedades, de conformidad con lo ordenado en el artículo 352 de la Ley de Compañías”.

De los criterios institucionales transcritos se observa que todos coinciden en que, según el artículo 352 de la Ley de Compañías la fusión o escisión de compañías son actos societarios exentos del pago de tributos.

Por su parte, de los antecedentes referidos en la consulta se observa que la ordenanza local, al regular el impuesto de utilidad o plusvalía, considera su aplicación a “(...) *todos aquellos inmuebles ubicados en el área urbana del cantón (...)*”⁹⁵; y que el impuesto de alcabala, según los artículos 527 y 528 del COOTAD grava la transferencia de dominio de inmuebles, sea a título oneroso o gratuito, por lo que la duda surge respecto de los bienes raíces que integran el patrimonio de las sociedades que se fusionan o escinden.

Para atender su consulta se considera como antecedente que, de acuerdo con los artículos 82 y 226 de la Constitución de la República⁹⁶, el derecho a la seguridad jurídica y el principio de legalidad se garantizan a través de la existencia de normas previas, claras y públicas, aplicadas por las autoridades competentes, teniendo en cuenta para el efecto que los servidores públicos solo pueden ejercer las competencias y facultades atribuidas en el ordenamiento jurídico.

Respecto de la fusión y escisión de compañías, el artículo 337 de la Ley de Compañías⁹⁷ establece lo siguiente:

“Artículo 337.- La fusión de las compañías se produce:

- a) Cuando dos o más compañías se unen para formar una nueva que les sucede en sus derechos y obligaciones; y,
- b) Cuando una o más compañías son absorbidas por otra que continúa subsistiendo”.

De conformidad con el artículo 338 de la Ley de Compañías, para la fusión de cualquier compañía en una compañía nueva se debe acordar primero la disolución para luego realizar el traspaso en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva compañía; y si la fusión resulta de la absorción de una o más compañías por otra existente, esta adquiere en la misma forma los patrimonios de las compañías absorbidas aumentando en su caso el capital social en la cuantía que proceda. En ambos casos los socios o accionistas de las compañías extinguidas reciben un número de acciones o adquieren derecho de cuota de capital por un valor proporcional a sus respectivas participaciones en aquellas.

95 Artículo 3 de la Ordenanza que regula el pago del impuesto a la utilidad y las plusvalías en las transferencias de predios en el cantón Loja, citada en el informe jurídico institucional.

96 Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.

97 Codificación publicada en el Registro Oficial No. 312 de 5 de noviembre de 1999.

Según el artículo 339 de la mencionada Ley, los traspasos de activos, tangibles o intangibles de las compañías fusionadas se pueden realizar a “*valor presente o de mercado*”.

Sobre la materia, José Ignacio Narváez García en su obra “*Teoría General de las Sociedades*”⁹⁸, ha manifestado lo siguiente:

“El fenómeno de la fusión se puede realizar a través de estas dos formas:

- a) *La fusión por absorción*, que ocurre cuando una sociedad absorbe o incorpora el patrimonio, los asociados y la totalidad de derechos y obligaciones de las sociedades absorbidas.
- b) *La fusión por creación*, llamada en la doctrina fusión por combinación o strictu sensu, en la cual dos o más sociedades se disuelven y funden sus elementos patrimoniales en una nueva compañía, que las sucede en todos sus derechos y obligaciones. En esta forma de fusión desaparecen las compañías que concurren a la formación de la nueva sociedad.

(...) Los patrimonios de las sociedades que participan en la fusión se confunden en forma absoluta y total y se consolidan en la absorbente o en la compañía que se crea. Pero la transmisión de esos patrimonios es a título universal puesto que no se aporta cosa por cosa, sino que cada sociedad efectúa su aportación en bloque o en su estado de unidad económica.

Aspecto distinto es el de la tradición o entrega de bienes, pues la de inmuebles puede realizarse en la misma escritura de fusión o por instrumento separado; y la entrega de los muebles se hace por inventario”.

En cuanto a la escisión de las compañías, el artículo 345 de la mencionada Ley de Compañías determina que: “*La junta general de socios podrá acordar la división de la compañía, en una o más sociedades*”.

Por su parte, el numeral 1 del artículo 348 de la indicada ley establece lo siguiente:

“Art. 348.- La junta general que acordare la escisión deberá aprobar:

1. La división del patrimonio de la compañía entre ésta y la nueva o nuevas sociedades que se crearen, y la adjudicación de los correspondientes activos, para cuyo efecto podrán adjudicarse los mismos a valor presente o de mercado, y **cualquier exceso en activos sobre el valor del patrimonio adjudicado, podrá compensarse con la asunción de pasivos de la sociedad escindida**” (Lo resaltado me corresponde).

98 Narváez García, “Teoría General de las Sociedades”, Ediciones librería del profesional, Bogotá, págs. 264-265-278.

Según la parte final del artículo 352 de la Ley de Compañías, “(...) *Los traspasos de bienes y pasivos, que se realicen en procesos de escisión o fusión ‘no estarán sujetos a ningún impuesto fiscal, provincial o municipal, incluyendo el de la renta y el de utilidad por la venta de inmuebles’*”. (Lo resaltado me corresponde).

En los casos de fusión o escisión, la transferencia universal de bienes de la sociedad disuelta, con sus activos y pasivos, se ha estudiado en la doctrina argentina, de la siguiente forma:

“Estimamos, como la mayor parte de la doctrina, que en la fusión se da el segundo supuesto, o sea, una sucesión a título universal de características y efectos similares a la sucesión *mortis causa*.”

(...) De ahí que el traspaso de los derechos y obligaciones se realiza *uno actu*, sin que sea necesario adoptar para cada uno de ellos el negocio de transferencia que le es propio. Así es como pasan a la sociedad resultante los créditos y deudas con sus mismas fechas de vencimiento, la posesión de bienes muebles e inmuebles, con la aclaración de que respecto a estos últimos no es necesaria la escritura pública, sino que basta la respectiva toma de razón marginal en el Registro de la Propiedad (...).

En nuestro régimen jurídico, (...) en materia de impuesto a las ganancias, autoriza el traslado de los quebrantos impositivos aún no amortizados y el saldo de franquicias impositivas no utilizadas en los casos de reorganización de sociedades (de los que forma parte la fusión), lo que confirma que también en el orden fiscal está presente la concepción de la transmisión a título universal⁹⁹.”

En cuanto a los impuestos municipales por alcabalas y utilidades o plusvalía que motivan su consulta, el artículo 491 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (en adelante COOTAD) establece:

“Artículo 491.- Clases de impuestos municipales.- Sin perjuicio de otros tributos que se hayan creado o que se crearen para la financiación municipal o metropolitana, se considerarán impuestos municipales y metropolitanos los siguientes:

(...) c) El impuesto de alcabalas;

(...) g) El impuesto a las utilidades en la transferencia de predios urbanos y plusvalía de los mismos (...).”

Respecto del objeto del impuesto de alcabala, los artículos 527 y 528 del COOTAD determinan lo siguiente:

⁹⁹ Vergara del Carril, “La Transferencia Patrimonial en la Fusión de Sociedades”, I Congreso Argentino de Derecho Societario, Córdova, 1977, págs. 133 a137.

“Art. 527.- Objeto del impuesto de alcabala.- Son objeto del impuesto de alcabala los siguientes actos jurídicos que contengan el traspaso de dominio de bienes inmuebles:

- a) Los títulos traslativos de dominio onerosos de bienes raíces y buques en el caso de ciudades portuarias, en los casos que la ley lo permita;
- b) La adquisición del dominio de bienes inmuebles a través de prescripción adquisitiva de dominio y de legados a quienes no fueren legitimarios;
- c) La constitución o traspaso, usufructo, uso y habitación, relativos a dichos bienes;
- d) Las donaciones que se hicieren a favor de quienes no fueren legitimarios; y,
- e) Las transferencias gratuitas y onerosas que haga el fiduciario a favor de los beneficiarios en cumplimiento de las finalidades del contrato de fideicomiso mercantil.

Art. 528.- Otras adjudicaciones causantes de alcabalas. - Las adjudicaciones que se hicieren **como consecuencia de particiones entre** coherederos o legatarios, **socios y, en general, entre copropietarios**, se considerarán sujetas a este impuesto **en la parte en que las adjudicaciones excedan de la cuota a la que cada condómino o socio tiene derecho**”. (Lo resaltado me corresponde).

El objeto del impuesto de alcabala, establecido por los artículos 527 y 528 del COOTAD, constituye la descripción del *“hecho generador”* de ese tributo. De los textos normativos transcritos se aprecia que, solamente las transferencias gratuitas u onerosas de bienes inmuebles previstas en esas normas, generan el impuesto de alcabala. Es oportuno observar que, entre las transferencias gravadas no constan las originadas en acuerdos de fusión o escisión de sociedades mercantiles, lo que como se verá más adelante, guarda armonía con la no sujeción establecida por el artículo 352 de la Ley de Compañías.

Respecto de los sujetos pasivos del impuesto de alcabala, el inciso primero del artículo 531 del COOTAD dispone:

“Artículo 531.- Sujetos pasivos.- Son sujetos pasivos de la obligación tributaria, **los contratantes que reciban el beneficio** en el respectivo contrato, así como los favorecidos en los actos que se realicen en su exclusivo beneficio”. (Lo resaltado me corresponde).

Sobre las exenciones del impuesto de alcabala, el artículo 534 del COOTAD determina que quedan exentos del pago de este impuesto, entre otros:

“(…) d) Las adjudicaciones por particiones **o por disolución de sociedades**;

(…) g) **Los aportes de capital** de bienes raíces a nuevas sociedades que se formaren por

la fusión de sociedades anónimas **y en lo que se refiere a los inmuebles que posean las sociedades fusionadas**". (Lo resaltado me corresponde).

De lo expuesto se desprende que el impuesto de alcabala grava las transferencias de dominio de bienes inmuebles previstas en el artículo 527 del COOTAD, sea que operen a título gratuito u oneroso; así como las adjudicaciones entre socios o condóminos, en la parte en que excedan de la cuota a la que cada condómino o socio tiene derecho, según el artículo 528 del mismo Código; y que, la letra d) del artículo 534 del COOTAD exonera de ese impuesto a las adjudicaciones por particiones o por disolución de sociedades. Es decir que el impuesto de alcabala se genera cuando el traspaso de un inmueble genera beneficio al nuevo titular de dominio, esto es cuando dicho beneficio produce incremento de su patrimonio, según el artículo 531 del COOTAD.

En el caso de fusión o escisión de sociedades, según el artículo 338 de la Ley de Compañías, luego de acordar la disolución de la(s) empresa(s) que dejará(n) de existir, se produce un *"traspaso en bloque del patrimonio social"* a la nueva sociedad, esto es una transmisión a título universal de derechos (incluido el dominio respecto de inmuebles) y obligaciones, pues de acuerdo con el segundo inciso del artículo 341 de la misma Ley *"La compañía absorbente se hará cargo de pagar el pasivo de la absorbida (...)"*.

Lo dicho determina que, en el acuerdo societario que contiene la fusión o escisión, hay *"transacción que transfiere propiedad de objeto no disputado"*, en los términos del inciso final del artículo 718 el Código Civil; y, por otra parte, compensación entre activos y pasivos, según la previsión expresa del artículo 341 de la Ley de Compañías.

Es decir que, los inmuebles que integran el patrimonio social objeto de la transferencia, son activos cuyo valor se compensa con los pasivos que también se transfieren.

Respecto al impuesto a las utilidades, en la transferencia de predios urbanos y plusvalía de los mismos, el inciso primero del artículo 556 del COOTAD establece el hecho generador en los siguientes términos:

"Artículo 556.- Impuesto por utilidades y plusvalía.- Se establece el impuesto del diez por ciento (10%) sobre las utilidades y plusvalía que provengan de la transferencia inmuebles urbanos, porcentaje que se podrá modificar mediante ordenanza (...)".

En cuanto a los sujetos pasivos de este impuesto, el artículo 558 del COOTAD determina lo siguiente:

"Artículo 558.- Son sujetos de la obligación tributaria a la que se refiere este capítulo, los que, como dueños de los predios, los vendieren obteniendo la utilidad imponible y por consiguiente real, los adquirentes hasta el valor principal del impuesto que no se hubiere pagado al momento en que se efectuó la venta (...)".

(...) Para los casos de transferencia de dominio el impuesto gravará solidariamente a las partes contratantes o a todos los herederos o sucesores en el derecho, cuando se trate de herencias, legados o donaciones (...).

Del tenor de los artículos 556 y 558 del COOTAD se desprende que el hecho generador del impuesto por utilidades y plusvalía, se produce por la transferencia (no solamente venta) de inmuebles urbanos; y que el sujeto pasivo del tributo es el dueño del predio *“que lo transfiere obteniendo una utilidad imponible”*.

El inciso final del artículo 558 del COOTAD dispone que, en caso de duda u oscuridad en la determinación del sujeto pasivo de la obligación *“se estará a lo que dispone el Código Tributario”*.

El artículo 15 del Código Tributario define la obligación tributaria como el vínculo jurídico personal existente entre el Estado o las entidades acreedoras de tributos y los contribuyentes o responsables de aquellos, en virtud del cual debe satisfacerse una prestación en dinero, especies o servicios apreciables en dinero *“al verificarse el hecho generador previsto por la ley”*.

Conforme al artículo 16 del mencionado Código, se entiende por hecho generador al *“presupuesto establecido por la ley para configurar cada tributo”*.

El artículo 18 del citado Código Tributario, determina que la obligación tributaria nace *“cuando se realiza el presupuesto establecido por la ley para configurar el tributo”*.

En relación con la obligación tributaria, el doctor Luis Aníbal Toscano Soria, en su obra *“Procedimientos Administrativos y Contenciosos en Materia Tributaria”*¹⁰⁰, manifiesta lo siguiente:

“(...) se desprenden los tres elementos básicos de la obligación tributaria que son: sujeto activo, sujeto pasivo y hecho generador (...) sujeto activo es el ente acreedor del tributo, siendo el más importante el Estado, el sujeto pasivo, obligado al pago del tributo en calidad de contribuyente o responsable y el hecho generador o hecho imponible, que según definición del Código Tributario es el presupuesto establecido en la ley para configurar cada tributo, o dicho en otras palabras, el presupuesto legal que una vez producido da nacimiento a la obligación. (...) en el impuesto de alcabala el hecho generador son los actos o contratos que expresamente señala la Ley de Régimen Municipal”. (Actual COOTAD).

Sobre esta materia, el doctor Washington Durango Flores, en su obra *“Legislación Tributaria Ecuatoriana”*,¹⁰¹ menciona los elementos que originan o determinan la existencia de la obligación tributaria en los siguientes términos:

100 Toscano Soria, “Procedimientos Administrativos y Contenciosos en Materia Tributaria”, Ediciones Pudeleco, Quito, 2006, págs. 122-123.

101 Washington Durango, “Legislación Tributaria Ecuatoriana” Editorial Universitaria, Quito, 1979, págs. 117-118.

“(…) ley, la expresión de la voluntad soberana que previamente impone un gravamen sobre un hecho, objeto o actividad que constituye el hecho imponible; el sujeto activo, Estado o entidad a cuyo favor la ley ha creado el tributo, por lo mismo, constituye el sujeto activo de la obligación o acreedor; y, por último, el sujeto pasivo o persona deudora del tributo llamada a satisfacer esta exigencia económica (...). Cuando encontramos activa y conjuntamente a estos cuatro elementos (ley, hecho imponible, sujeto activo y sujeto pasivo) y en la fecha en que estos tienen vida o coexisten, podemos decir estamos frente al nacimiento de la obligación tributaria. La falta de cualquiera de ellos daría como resultado la inexistencia de la obligación”.

Carlos LM. Giuliani Fonrouge, en su obra “*Derecho Financiero*”¹⁰² diferencia el objeto de la obligación tributaria y el objeto del tributo en los siguientes términos:

“(…) es menester establecer un distingo preliminar entre *objeto de la obligación tributaria* y *objeto del tributo* mismo (...). el objeto de aquella corresponde a la prestación que debe cumplir el sujeto pasivo, esto es, el pago de una suma de dinero en la generalidad de los casos, o la entrega de cantidades de cosas en las situaciones especiales en que el tributo sea fijado en especie; el objeto del tributo, en cambio, es el presupuesto de hecho que la ley establece como determinante del gravamen: la posesión de riqueza (capital o renta), realización de un acto, condición de las personas mismas, y cualquier otra situación jurídica o económica que el legislador elija como susceptible de generar un tributo”.

De conformidad con los artículos 31 y 32 del Código Tributario, la exención o exoneración tributaria se define de la siguiente forma:

“Art. 31.- Concepto.- Exención o exoneración tributaria es la exclusión o la **dispensa legal de la obligación tributaria**, establecida por razones de orden público, económico o social.

Art. 32.- Previsión en ley.- 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”. (Lo resaltado me corresponde).

Sobre la distinción entre la no sujeción y la exención, la Corte Constitucional¹⁰³ cita al doctor José Vicente Troya, quien manifiesta lo siguiente:

“(…) Para que opere la exoneración debe haber nacido la obligación tributaria. Cuando una determinada situación no coincide con los supuestos del hecho generador, la obligación tributaria no llega a nacer y mal cabe afirmar que se está ante una exoneración. La ley delimita el hecho generador; en casos indica qué hechos forman parte de él; en otros señala (sic) los que no lo integran. Estas acciones de incluir y excluir no son de carácter exonerativo. Se debe distinguir entre exoneración y no-sujeción. Los mínimos vitales

102 Giuliani Fonrouge “Derecho Financiero” Ediciones Depalma, Volumen I, tercera edición 1977, pág. 422.

103 Edición Constitucional, Resolución No. 19, publicada en el Registro Oficial No. 12 de 3 de octubre de 2017.

libres del impuesto y en general las rebajas que se aplican en los impuestos directos por consideraciones de carácter personal, como las concernientes a las cargas familiares por estado civil, por hijo y parientes a cargo del sujeto pasivo no son exoneraciones. Tampoco lo son las deducciones y depuraciones de las materias imposables que sirven para delimitar la base imponible. (...) Pueden estas rebajas y deducciones producir un efecto similar al de la exención, mas, aun en ese supuesto no se las debe confundir¹⁰⁴.

Sobre la base del criterio señalado, es importante diferenciar entre las excepciones y las rebajas o deducciones tributarias, pues conforme lo explica el tratadista previamente citado, a pesar de que estos conceptos generen un efecto similar, son elementos que no deben ser confundidos. En tal sentido, es importante tener en cuenta que las exenciones tributarias se configuran sobre la obligación tributaria como tal, es decir, sobre el valor a pagar respecto a determinado tributo; mientras que, aquellos elementos que no forman parte del impuesto por ser considerados deducciones, rebajas o por no constituir elementos sujetos a gravamen, no pueden considerarse como excepciones, en tanto se aplican sobre la base imponible del tributo, más no sobre la obligación tributaria. Sí bien, las excepciones, rebajas, deducciones **o los supuestos de no sujeción**, tienen como finalidad la posibilidad de no pagar una suma de dinero por concepto de obligación tributaria, ello no quiere decir que todos estos beneficios fiscales deban ser considerados dentro del concepto de exenciones tributarias como tal". (Lo resaltado me corresponde).

Sobre la misma materia, el doctor José Adolfo Morales Quirós en su obra "*Elementos del Derecho Tributario*"¹⁰⁵, expresa lo siguiente:

"En la doctrina se mencionan como mecanismos de desgravación, a la no sujeción y la exoneración; por el primero, el legislador excluye determinadas situaciones o actividades, del hecho imponible o hipótesis jurídico tributaria, haciendo legalmente imposible el nacimiento de la obligación tributaria; la exoneración tributaria implica la liberación de la obligación tributaria existente, anulando total o parcialmente sus efectos; la exoneración tributaria presupone siempre la preexistencia de la obligación tributaria, por haberse producido en la práctica, los presupuestos del hecho generador, pero de la cual legalmente se dispensa, en todo o en parte, por razones o conveniencias de orden público, económico o social. En consecuencia, la **no sujeción puede definirse como la declaratoria legal de la inexistencia de la obligación impositiva, mientras que la exoneración, que presupone la existencia de dicha obligación, equivale a una liberación de la carga impositiva**, de manera indefinida o temporal, mediante preceptos legales expresos, bajo el principio ex lege". (Lo resaltado me corresponde).

Finalmente, en cuanto a la no sujeción Carlos M. Giuliani Fonrouge en su obra "*Derecho Financiero*"¹⁰⁶, manifiesta lo siguiente:

"Con respecto a la no incidencia (no sujeción) existe consenso en el sentido de que consiste en que la circunstancia contemplada por la norma legal, no alcanza a configurar el hecho generador o hecho imponible; el crédito tributario no se produce. Por esto se dice que la no

104 La cita No. 11 del fallo corresponde a "José Vicente Troya, Manual de Derecho Tributario". Pág. 199.

105 Morales Quirós "Elementos del Derecho Tributario" 1 Edición, 2002, págs. 161-162.

106 Óp. cit, pág. 288.

incidencia es general o pura y simple, cuanto deriva de la circunstancia de no producirse los presupuestos materiales indispensables para la constitución o integración del hecho generador: **el hecho generador no existe, no se produce o no llega a integrarse**". (El énfasis me corresponde).

En el caso que motiva la consulta, los actos societarios de fusión o escisión de compañías no se encuentran previstos en los artículos 527, 528 y 556 del COOTAD como hechos generadores de los impuestos de utilidades y alcabalas; por el contrario, el artículo 352 de la Ley de Compañías expresamente prevé su "*no sujeción*" a tributo fiscal o municipal alguno. Pese al efecto similar que produce, la no sujeción es un concepto distinto de exención, en los términos explicados por la doctrina y jurisprudencia citada.

Por tanto, en atención a los términos de su consulta, se concluye que toda vez que los artículos 527, 528 y 556 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), no contemplan los actos o hechos societarios de escisión o fusión de sociedades como hechos generadores de obligaciones tributarias por impuestos de alcabalas y de utilidades, estos constituyen actos o hechos societarios no sujetos a dichas obligaciones impositivas de conformidad con el artículo 352 de la Ley de Compañías.

INFORMES VINCULANTES: ADJUDICACIÓN DE LAS FRECUENCIAS O CANALES DE RADIODIFUSIÓN SONORA O DE TELEVISIÓN TEMPORALES

Oficio PGE No. 01096 de 17-10-2018

CONSULTANTE: CONSEJO DE REGULACIÓN Y DESARROLLO DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN (CORDICOM)

CONSULTAS:

PRIMERA Y CUARTA CONSULTAS:

1. "¿Debe el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación elaborar un informe vinculante para los casos establecidos en los artículos 118 y 131 del Reglamento para Otorgar Títulos Habilitantes para Servicios del Régimen General de Telecomunicaciones y Frecuencias del Espectro Radioeléctrico emitido por la ARCOTEL, es decir, para la prestación de servicios de audio y video por suscripción con canal local y programación propia?"
2. "¿Es el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación CORDICOM competente para elaborar el informe vinculante para la obtención de la autorización de funcionamiento de los sistemas de audio y video por suscripción, en donde incluso se solicite el funcionamiento de un canal local, debido a que la Ley Orgánica de Comunicación no contempla de manera expresa los casos en los cuales el CORDICOM tiene la competencia para hacerlo?"

SEGUNDA Y TERCERA CONSULTAS:

3. “¿Debe el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación elaborar un informe vinculante para los casos establecidos en el artículo 110 del Reglamento para Otorgar Títulos Habilitantes para Servicios del Régimen General de Telecomunicaciones y Frecuencias del Espectro Radioeléctrico emitido por la ARCOTEL, y el artículo 84 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Comunicación, de manera específica, para la adjudicación de las frecuencias o canales de radiodifusión sonora o de televisión temporales?”.

4. “¿Es el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación CORDICOM competente para elaborar el informe vinculante para la adjudicación de las frecuencias temporales que sean necesarias para la migración de televisión digital terrestre, toda vez que la Ley Orgánica de Comunicación no contempla dicha modalidad de adjudicación y que el referido cuerpo normativo no le confiere expresamente dicha atribución al CORDICOM ni señala en qué casos podría hacerlo?”.

BASE LEGAL:

Constitución de la República: Art. 226

Código Orgánico Administrativo: Arts. 50 y 65.

Ley Orgánica de Telecomunicaciones: Arts. 18, 19, 37, 45, 50, 59, 142, 144 Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones: Art. 148 núm. 3 y 14

Ley Orgánica de Comunicación: Arts. 5, 47 y 49, nums. 6, 8, 12, 1105, 108, 109 y 110 núm. 1 inc. Final.

Reglamento a la Ley Orgánica de Comunicación: Arts. 5, 84 y 89.

Reglamento para Otorgar Títulos Habilitantes para Servicios del Régimen General de Telecomunicaciones y Frecuencias del Espectro Radioeléctrico: Arts. 1, 2, 5, 109, 110 núm. 3, 116, 117, núm. 5, 118, 127, 128, núm. 7 y 131.

Reglamento de Elaboración y Expedición del Informe Vinculante Contemplado: Arts. 1, 2 y 5.

PRONUNCIAMIENTO:

Me refiero a su oficio No. CORDICOM-PRC-2018-0237-OF de 20 de agosto de 2018, ingresado a la Procuraduría General del Estado el 21 de los mismos mes y año, por el cual formula varias consultas relacionadas con la obligación de ese organismo de elaborar un informe vinculante en los casos previstos en los artículos 84 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Comunicación, 110, 118 y 131 del Reglamento para Otorgar Títulos Habilitantes para Servicios del Régimen General de Telecomunicaciones y Frecuencias del Espectro Radioeléctrico, expedido por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL).

En su oficio de consulta, numeral 2 “*DOCUMENTOS HABILITANTES*”, deja constancia que remite adjuntos varios informes sobre la normativa que regula la calificación de proyectos comunicacionales de los sistemas de audio y video por suscripción y emisión del informe vinculante del CORDICOM, contenidos en los siguientes documentos certificados:

1. Informe Técnico No. CORDICOM-CT-DR-2018-0015-IJ de 16 de julio de 2018, elaborado por la Coordinación Técnica del CORDICOM.
2. Criterio jurídico contenido en el memorando No. CORDICOM-CAJ-2018-0157-M de 7 de agosto de 2018.
3. Informe Técnico No. CORDICOM-CT-DR-2018-016-IJ de 27 de julio de 2018 elaborado por la Dirección de Regulación que contiene el análisis de la petición realizada por la ARCOTEL respecto de la solicitud del medio de comunicación Canal 34 ALLY Tv del GAD Provincial de Napo; y,
4. Criterio jurídico contenido en el memorando No. CORDICOM-CAJ-2018-0166-M de 16 de agosto de 2018, relacionado con la solicitud realizada por el medio de comunicación Canal 34 ALLY Tv.

De manera previa a atender su requerimiento y a fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficio No. 00421 de 31 de agosto de 2018, la Procuraduría General del Estado requirió el criterio institucional de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL), lo cual fue atendido a través de oficio No. ARCOTEL-ARCOTEL-2018-0303-OF de 12 de septiembre de 2018, ingresado el 13 de los mismos mes y año, suscrito por su Director Ejecutivo, quien remite a su vez el criterio jurídico institucional No. ARCOTEL-CJUR-2018-006 de 12 de septiembre de 2018.

Adicionalmente, mediante oficio No. 00422 de 31 de agosto de 2018, este organismo solicitó el criterio institucional del Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, habiendo recibido respuesta a través de oficio No. MINTEL-MINTEL-2018-0539-O de 19 de septiembre de 2018, suscrito por el Ministro de esa Cartera de Estado.

Con tales antecedentes, atiendo su primera y cuarta consulta de manera conjunta, en razón de que ambas versan sobre la misma materia y han sido planteadas con el siguiente tenor:

PRIMERA Y CUARTA CONSULTAS:

(...)

A través de memorando No. CORDICOM-CAJ-2018-0157-M de 7 de agosto de 2018, el Coordinador de Asesoría Jurídica de la entidad consultante manifiesta:

“Conforme el análisis expresado en el numeral 3.2 del presente documento, esta Coordinación de Asesoría Jurídica se ratifica en señalar que el CORDICOM puede ejercer únicamente las competencias y atribuciones establecidas en la Ley Orgánica de Comunicación, instrumento normativo que no ha establecido en qué casos el CORDICOM debe emitir el correspondiente informe vinculante previo a la autorización de funcionamiento de los sistemas de audio y video por suscripción y que soliciten el funcionamiento de un canal local; por lo tanto, la ARCOTEL no tenía la competencia para conferir al CORDICOM, a través de un acto normativo, atribuciones por fuera de aquellas establecidas en la Ley Orgánica de Comunicación.

(...) Por lo tanto, esta Coordinación de Asesoría Jurídica observa que el Reglamento General a la Ley Orgánica de Comunicación en el artículo 84 si bien le atribuye al CORDICOM la competencia para la emisión de un informe vinculante respecto de la adjudicación de frecuencias temporales, se debe advertir que esta modalidad de adjudicación de frecuencias ni siquiera se encuentra establecida en la Ley Orgánica de Comunicación, por lo cual el CORDICOM no tendría la competencia para actuar en la emisión de dicho informe vinculante.

(...) En caso de controversia sobre la aplicación de normas constitucionales y conflicto de competencias o atribuciones de entidades del Estado, el ente encargado de absolver consultas con carácter de vinculante es la Corte Constitucional (Art. 436 de la Constitución)”.

Por su parte, el Coordinador General Jurídico de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (en adelante ARCOTEL), cita entre otros, los artículos 226 de la Constitución de la República; 18, 37, 50, 59, 142, 144 y 148, numeral 3 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y 14 de su Reglamento General; 116, 117, numeral 5, 118, 127, 128, numeral 7 y 131 del Reglamento para Otorgar Títulos Habilitantes para Servicios del Régimen General de Telecomunicaciones y Frecuencias del Espectro Radioeléctrico; 5, 47 y 49, numerales 6, 8 y 12 de la Ley Orgánica de Comunicación, 5 y 89 de su Reglamento General; 1, 2 y 5 del Reglamento de Elaboración y Expedición del Informe Vinculante Contemplado en los Artículos 49, numeral 8 y 110 numeral 1 e Inciso Final de la Ley Orgánica de Comunicación, y artículo 89 de su Reglamento General (Resolución CORDICOM-PLE-2016-09), en base de los cuales concluye con el siguiente criterio institucional:

“Si bien, la Ley Orgánica de Comunicación desarrolla en los artículos 109 y 110, los casos de adjudicación directa y por concurso para medios privados y comunitarios en los cuales se señala la necesidad de la elaboración de los informes vinculantes del CORDICOM previos a decidir dichas adjudicaciones; este desarrollo, de ninguna manera significa que la emisión de

informes vinculantes para **'la autorización de funcionamiento de los sistemas de audio y video por suscripción'**, no sea aplicable; pues esta obligación está determinada claramente en el mismo numeral 8 del artículo 49 de la Ley ibídem, cuando expresamente señala **'Art. 49.- El Consejo de Regulación y Desarrollo de la información y la Comunicación tendrá las siguientes atribuciones: (...) 8. Elaborar el informe vinculante, en los casos previstos en la (sic) esta Ley, para la adjudicación o autorización de concesiones de frecuencias del espectro radioeléctrico para el funcionamiento de estaciones de radio y televisión abierta, y para la autorización de funcionamiento de los sistemas de audio y video por suscripción; (...); (sic) más aún, cuando el propio Pleno del Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación – CORDICOM, mediante Resolución No. CORDICOM-PLE-2016-09 de 24 de marzo de 2016, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No 729 de 08 de abril de 2016, expide el 'REGLAMENTO DE ELABORACIÓN Y EXPEDICIÓN DEL INFORME VINCULANTE CONTEMPLADO EN LOS ARTÍCULOS 49 NUMERAL 8 Y 110 NUMERAL 1 E INCISO FINAL DE LA LEY ORGÁNICA DE COMUNICACIÓN; Y ARTÍCULO 89 DE SU REGLAMENTO GENERAL', para cumplir con esta atribución.**

Consecuentemente, el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación – CORDICOM, en cumplimiento de sus atribuciones legales, particularmente la determinada en el número 8 del artículo 49 de la Ley Orgánica de Comunicación, es competente para elaborar el informe vinculante para la obtención de la autorización de funcionamiento de los sistemas de audio y video por suscripción.

*(...) se deja claro, que el informe vinculante que le corresponde elaborar y expedir al CORDICOM en conformidad con lo determinado en el número 8 del artículo 49 de la Ley Orgánica de Comunicación, es únicamente **para la autorización del funcionamiento de sistemas de audio y video por suscripción que operan canal local para emitir programación propia**, los cuales conforme al artículo 5 del Reglamento General de aplicación de la Ley Orgánica de Comunicación son medios de comunicación social y en consecuencia su programación está bajo tutela del CORDICOM, no siendo necesario por tanto este informe para la autorización del funcionamiento de sistemas de audio y video por suscripción que requieren de canal local para guía de programación o que no cuenten con canal local".*

Por su parte, el Ministro de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información cita los artículos 18, 19, 45 y 144 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y 35 de su Reglamento General; 49, 105, 108 y 110 de la Ley Orgánica de Comunicación y 84 de su Reglamento General; y, 118 y 131 del Reglamento para Otorgar Títulos Habilitantes para Servicios del Régimen General de Telecomunicaciones y Frecuencias del Espectro Radioeléctrico, expedido por Resolución de la ARCOTEL, luego de lo cual concluye con el siguiente criterio:

“La ARCOTEL es la entidad encargada de emitir el Reglamento para Otorgar Títulos Habilitantes para la prestación de servicios de telecomunicaciones, uso o explotación del espectro radioeléctrico y establecimiento y operación de redes de telecomunicaciones, así como para el uso de frecuencias del espectro radioeléctrico para servicios de radiodifusión y sistemas de audio y video por suscripción. Atendiendo a su potestad regulatoria en esta materia, la ARCOTEL emitió la Resolución No. 04-03-ARCOTEL-2016, de 28 de marzo de 2016, que contiene el 'Reglamento para Otorgar Títulos Habilitantes para Servicios del Régimen General de Telecomunicaciones y Frecuencias del Espectro Radioeléctrico' cuya finalidad es:

‘(...) establecer los requisitos, procedimientos, plazos y criterios para el otorgamiento, modificación, renovación y terminación o extinción de títulos habilitantes para la prestación de servicios de telecomunicaciones y de radiodifusión, operación de redes privadas, así como del uso y/o explotación del espectro radioeléctrico; y, las normas vinculadas con el Registro Público de Telecomunicaciones, que incluye al Registro Nacional de Títulos Habilitantes para servicios de radiodifusión’.

Por lo expuesto, es atribución del Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y la Comunicación la elaboración del informe vinculante para la adjudicación o autorización de concesiones de frecuencias del espectro radioeléctrico para el funcionamiento de estaciones de radio y televisión abierta, y para la autorización de funcionamiento de los sistemas de audio y video por suscripción. Conforme al artículo 84 del Reglamento General de la Ley ibídem que dispone para adjudicación y autorizaciones se seguirán los procedimientos establecidos por la autoridad de telecomunicaciones que incluirá, en todos los casos, la presentación del informe vinculante.

(...) Conforme dispone el artículo 49 de la Ley Orgánica de Comunicación y el artículo 84 de su Reglamento General, le corresponde al Consejo de Regulación y Control de Comunicación CORDICOM, emitir el Informe vinculante para la autorización de funcionamiento de los sistemas de audio y video por suscripción, observando para el efecto el Reglamento para Otorgar Títulos Habilitantes para Servicios del Régimen General de Telecomunicaciones y Frecuencias del Espectro Radioeléctrico emitido por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en virtud de las facultades que le atribuye la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, Ley Orgánica de Comunicación y el Reglamento General a la Ley Orgánica de Comunicación”.

Para atender sus consultas, se considera como antecedente que de acuerdo con el primer inciso del artículo 47 de la Ley Orgánica de Comunicación¹⁰⁷ (en adelante LOC), el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación (CORDICOM), “(...) es un cuerpo colegiado con personalidad jurídica, autonomía funcional, administrativa y financiera, cuyo presidente ejercerá la representación legal, judicial y extrajudicial de esta entidad”. Las atribuciones del CORDICOM constan en el artículo 49 de la misma Ley, cuyo numeral 8 dispone:

“Art. 49.- Atribuciones.- El Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y la Comunicación tendrá las siguientes atribuciones:

(...) 8. **Elaborar el informe vinculante**, en los casos previstos en esta Ley, para la adjudicación o autorización de concesiones de frecuencias del espectro radioeléctrico para el funcionamiento de estaciones de radio y televisión abierta, y **para la autorización de funcionamiento de los sistemas de audio y video por suscripción**”. (Lo resaltado me corresponde).

De los artículos citados, se observa que el CORDICOM es un cuerpo colegiado con personalidad

jurídica, autonomía funcional, administrativa y financiera, que de acuerdo con el numeral 8 del artículo 49 de la LOC tiene atribuciones para elaborar informes vinculantes tanto para la adjudicación o autorización de concesiones de frecuencias del espectro radioeléctrico para el funcionamiento de estaciones de radio y televisión abierta, como para la autorización de funcionamiento de los sistemas de audio y video por suscripción.

El artículo 105 de la LOC, define al espectro radioeléctrico como un bien de dominio público del Estado, inalienable, imprescriptible e inembargable, cuya administración para el uso y aprovechamiento técnico de este recurso público estratégico la ejerce el Estado central a través de la autoridad de telecomunicaciones.

Según el artículo 108 de la LOC, la adjudicación de frecuencias del espectro radioeléctrico para el funcionamiento de medios de comunicación, es potestad exclusiva de la autoridad de telecomunicaciones y se hará bajo las modalidades de adjudicación directa para los medios públicos, y de concurso público para los medios privados y comunitarios.

Los artículos 109 y 110 de la LOC, desarrollan cada una de dichas modalidades de adjudicación, y con respecto a la adjudicación de frecuencias a medios privados, el citado artículo 110 de la LOC dispone:

“Art. 110.- Adjudicación por concurso para medios privados y comunitarios.- La adjudicación de frecuencias del espectro radioeléctrico para el funcionamiento de medios de comunicación social privados y comunitarios de **radio y televisión de señal abierta** se realizarán mediante concurso público abierto y transparente en el que podrán intervenir todas las personas naturales y jurídicas que no tengan inhabilidades o prohibiciones legales.

Los requisitos, criterios de evaluación y formas de puntuación del concurso público serán definidos mediante reglamento por la autoridad de telecomunicaciones, teniendo en consideración las normas establecidas en la presente Ley y la Ley de Telecomunicaciones; sin perjuicio de lo cual en todos los casos el solicitante deberá presentar:

1. **El proyecto comunicacional**, con determinación del nombre de medio, tipo de medio, objetivos, lugar de instalación, cobertura, propuesta de programación e impacto social que proyecta generar;
2. El plan de gestión y sostenibilidad; y,
3. El estudio técnico.

Realizado el concurso, se remitirá al Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación los expedientes de hasta los 5 solicitantes mejor puntuados.

El Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación volverá a revisar el plan de comunicación de cada uno de ellos y en base a su evaluación emitirá

el informe vinculante para la adjudicación de la concesión, con el cual la Autoridad de Telecomunicaciones procederá a realizar los trámites administrativos para la correspondiente adjudicación”. (Lo resaltado me corresponde).

Del tenor de la norma se observa que, el segundo inciso del artículo 110 de la LOC confiere expresamente a la autoridad de telecomunicaciones (ARCOTEL), atribución para reglamentar los requisitos, criterios de evaluación y formas de puntuación del concurso público para la adjudicación de frecuencias a medios de comunicación social privados y comunitarios, de radio y televisión de señal abierta; y que, el numeral 1 de la misma norma establece que cada solicitante debe presentar el proyecto comunicacional. Concluido el concurso, los expedientes de los cinco solicitantes mejor puntuados deben ser remitidos por ARCOTEL al CORDICOM, a quien de acuerdo con el inciso final corresponde realizar la evaluación del proyecto comunicacional y emitir su informe vinculante para la adjudicación.

Por su parte, el artículo 84 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Comunicación¹⁰⁸, ubicado en el CAPITULO VII Espectro Radioeléctrico, describe el procedimiento para la adjudicación y autorización de frecuencias, de conformidad con lo establecido en los citados artículos 105, 108 y 110 de la LOC, previendo lo siguiente:

“Art. 84.- Procedimiento para la adjudicación y autorización de frecuencias.- De conformidad con lo establecido en los Arts. 105, 108 y 110 de la Ley Orgánica de Comunicación, **la autoridad de telecomunicaciones** realizará la adjudicación de concesiones y autorizaciones de frecuencias del espectro radioeléctrico para el funcionamiento de estaciones de radio y televisión de señal abierta, **así como la operación de sistemas de audio y video por suscripción**, y la adjudicación de las frecuencias temporales que sean necesarias para la migración de televisión abierta analógica a la televisión digital terrestre, para todo lo cual, **se seguirán los procedimientos establecidos por dicha autoridad en el reglamento que elabore para estos fines, que incluirá, en todos los casos, la presentación del informe vinculante que debe elaborar el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación**”. (Lo resaltado me corresponde).

Según se aprecia de su texto, el artículo 84 del Reglamento General a la LOC no solo se refiere a la adjudicación de concesiones y autorizaciones de frecuencias del espectro radioeléctrico, para el funcionamiento de estaciones de radio y televisión de señal abierta, sino que incluye además la operación de sistemas de audio y video por suscripción, para lo cual se deben seguir los procedimientos establecidos por la autoridad de telecomunicaciones, que incluye el informe vinculante del CORDICOM.

El artículo 37 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones¹⁰⁹ (en adelante LOT), sobre el tema materia de consulta determina:

“Art. 37.- Títulos Habilitantes.

La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones podrá otorgar los siguientes títulos habilitantes:

108 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 170 de 27 de enero de 2014.

109 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 439 de 18 de febrero de 2015.

1. Concesión: Para servicios tales como telefonía fija y servicio móvil avanzado, así como para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, por empresas de economía mixta, por la iniciativa privada y la economía popular y solidaria.
2. Autorizaciones: Para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, por las empresas públicas e instituciones del Estado. Para la prestación de servicios de audio y vídeo por suscripción, para personas naturales y jurídicas de derecho privado, la autorización se instrumentará a través de un permiso.
3. Registro de servicios: Los servicios para cuya prestación se requiere el Registro, son entre otros los siguientes: servicios portadores, operadores de cable submarino, radioaficionados, valor agregado, de radiocomunicación, redes y actividades de uso privado y reventa.

La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, determinará los valores por el pago de derechos de concesión y registro así como los valores por el pago de autorizaciones, cuando se trate de títulos habilitantes emitidos a favor de empresas públicas o instituciones del Estado, no relacionados con la prestación de servicios de telecomunicaciones. De ser necesario determinará, además, el tipo de habilitación para otros servicios, no definidos en esta Ley.

Los servicios cuyo título habilitante es el registro, en caso de requerir de frecuencias, deberán solicitar y obtener previamente la concesión o autorización, según corresponda.

Para el **otorgamiento y renovación de los títulos habilitantes de radiodifusión y sistemas de audio y vídeo por suscripción, se estará a los requisitos y procedimientos previstos en la Ley Orgánica de Comunicación, su Reglamento General y la normativa que para el efecto emita la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones**". (Lo resaltado me corresponde).

De otro lado, la LOT en su Título XIV INSTITUCIONALIDAD PARA LA REGULACION Y CONTROL, CAPITULO II Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, artículo 142 crea la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL) y le asigna el carácter de la entidad encargada de la administración, regulación y control de las telecomunicaciones y del espectro radioeléctrico.

De las disposiciones citadas tenemos que, para el otorgamiento y renovación de los títulos habilitantes de sistemas de audio y vídeo por suscripción, no solo se deben observar los requisitos y procedimientos previstos en la Ley Orgánica de Comunicación y su Reglamento General, sino también aquellos contemplados en la normativa que, el inciso final del artículo 37 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones autoriza a emitir a la ARCOTEL, en calidad de ente de regulación y control de las telecomunicaciones.

El artículo 14 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones¹¹⁰, en sus incisos primero y final indican lo que sigue:

110 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 676 de 25 de enero de 2016.

“Art. 14.- Otorgamiento y renovación de títulos habilitantes.- **Para el otorgamiento y la renovación de títulos habilitantes** sea por delegación o para entidades y empresas públicas que vayan a prestar **cualquier servicio del régimen general de telecomunicaciones** o uso y explotación del espectro radioeléctrico, **se observarán los procedimientos, requisitos, términos, plazos y condiciones que se establezcan en el Reglamento para Otorgar Títulos Habilitantes que emita el Directorio de la ARCOTEL.**

(...) En los respectivos títulos habilitantes o en la regulación que expida la ARCOTEL se establecerán los plazos para el inicio de las operaciones de los servicios del régimen general de telecomunicaciones, sus efectos en caso de inobservancia, autorización para suspensión de operaciones; y, en general todas las condiciones para la prestación del servicio objeto del título habilitante”. (Lo resaltado me corresponde).

Con los antecedentes señalados, ARCOTEL expidió el Reglamento Para Otorgar Títulos Habilitantes para Servicios del Régimen General de Telecomunicaciones y Frecuencias del Espectro Radioeléctrico, cuyos artículos 118 y 131 citados en su primera consulta, prevén en sus incisos segundos lo siguiente:

“Art. 118 (inc. 2).- En el caso de que el solicitante del servicio de radiodifusión por suscripción, solicite la inclusión de un canal local para programación propia, la Dirección Ejecutiva de la **ARCOTEL, remitirá** al Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación **-CORDICOM-** el Proyecto Comunicacional presentado por el solicitante, a fin de que dicho organismo **emita el informe vinculante correspondiente al canal local para programación propia solicitado**, en la que deberá incluir la instrucción de que se continúe el procedimiento administrativo para la correspondiente autorización”. (Lo resaltado me corresponde).

“Art. 131 (inc. 2).- En el caso de que el solicitante de un sistema de audio y video por suscripción, requiera **incluir un canal local para programación propia**, la Dirección Ejecutiva de la **ARCOTEL, remitirá** al Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación **-CORDICOM-** el proyecto comunicacional presentado por el solicitante, a fin de que dicho organismo **emita el informe vinculante correspondiente al canal local para programación propia solicitado**, que deberá incluir la instrucción de que se continúe el procedimiento administrativo para el correspondiente permiso”. (Lo resaltado me corresponde).

De los artículos señalados se observa que, de acuerdo con el Reglamento para Otorgar Títulos Habilitantes para Servicios del Régimen General de Telecomunicaciones y Frecuencias del Espectro Radioeléctrico, en los casos en los que se solicite el servicio de radiodifusión por suscripción o un sistema de audio y video por suscripción, ARCOTEL tiene que remitir al CORDICOM el Proyecto Comunicacional presentado por el requirente, para que emita el informe vinculante correspondiente al canal local para programación propia.

Del análisis jurídico precedente, en atención a los términos de su primera y cuarta consultas se

concluye que, el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación es competente para elaborar el informe vinculante para la autorización del funcionamiento de los sistemas de audio y video por suscripción que, opera con canal local para emitir programación propia, de conformidad con lo determinado en los artículos 49, numeral 8 de la Ley Orgánica de Comunicación y 84 de su Reglamento General, en concordancia con lo establecido en los artículos 118 y 131 del Reglamento para Otorgar Títulos Habilitantes para Servicios del Régimen General de Telecomunicaciones y Frecuencias del Espectro Radioeléctrico, expedido por la ARCOTEL al amparo de lo dispuesto en el inciso final del artículo 37 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Por otro lado, en virtud de que su segunda y tercera consulta tratan sobre el mismo tema, procedo a atenderlas igualmente de forma conjunta:

SEGUNDA Y TERCERA CONSULTAS:

(...)

Mediante oficio No. ARCOTEL-CTHB-2018-0640-OF de 4 de julio de 2018, adjunto a su oficio de consulta, el Coordinador Técnico de Títulos Habilitantes de la ARCOTEL pone en conocimiento del CORDICOM que el GAD Provincial de Napo solicitó la autorización temporal de un canal de Televisión Digital Terrestre, para la instalación y operación de una estación a denominarse “ALLY TV”, por lo cual, de conformidad con el artículo 49, numeral 8 de la Ley Orgánica de Comunicación, referido a la emisión de informe vinculante por parte del CORDICOM, y el artículo 110 de Reglamento para Otorgar Títulos Habilitantes para Servicios del Régimen General de Telecomunicaciones y Frecuencias del Espectro Radioeléctrico, remite la solicitud a fin de que se proceda “conforme a derecho”.

Entre los anexos a su consulta consta el Informe No. CORDICOM-CT-DR-2018-0016-IJ de 27 de julio de 2018, por el cual la Dirección de Regulación del CORDICOM emite el “ANÁLISIS DE LA PETICIÓN REALIZADA POR LA AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES, RESPECTO DE LA SOLICITUD REALIZADA POR EL MEDIO DE COMUNICACIÓN ‘CANAL 34 ALLY TV DEL GAD PROVINCIAL DE NAPO’”.

A través de memorando No. CORDICOM-CAJ-2018-0166-M de 16 de agosto de 2018, el Coordinador de Asesoría Jurídica de la entidad consultante emite el “Criterio jurídico respecto del Informe Nro. CORDICOM-CT-DR-2018-016-IJ”, en el cual manifiesta:

“Al respecto, en atención al principio de legalidad establecido en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador; los artículos 50 y 65 del Código Orgánico Administrativo; y, de acuerdo con las competencias y atribuciones del CORDICOM constantes en la Ley Orgánica de Comunicación; se observa que el CORDICOM no tendría la competencia para emitir un informe vinculante respecto del cumplimiento del requisito establecido en el número 3 del artículo 110 del Reglamento para Otorgar Títulos Habilitantes para Servicios del Régimen General de Telecomunicaciones y Frecuencias del Espectro Radioeléctrico, esto es, respecto de la programación con la cual se propone dar cumplimiento

al objeto del pedido de una frecuencia temporal.

Además, aplicando una interpretación literal a lo establecido en el número 3 del artículo 110 del Reglamento para Otorgar Títulos Habilitantes para Servicios del Régimen General de Telecomunicaciones y Frecuencias del Espectro Radioeléctrico, se evidencia que la misma no determina el efecto jurídico que tiene la remisión de la programación por parte de la ARCOTEL, en razón que la norma establece que dicha programación será únicamente **puesta en conocimiento** del CORDICOM.

Por lo tanto, la Ley Orgánica de Comunicación no ha determinado la atribución para que el CORDICOM elabore un informe vinculante previo a la autorización de frecuencias temporales”.

En el memorando No. CORDICOM-CAJ-2018-0157-M de 7 de agosto de 2018, el Coordinador de Asesoría Jurídica del Consejo a su cargo, sobre la elaboración del informe vinculante para la adjudicación de frecuencias o canales de radiodifusión sonora o de televisión temporales precisa lo siguiente:

“**3.4.-** El artículo 84 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Comunicación, determina que la autoridad de telecomunicaciones realizará la adjudicación de concesiones y autorizaciones de frecuencias del espectro radioeléctrico para el funcionamiento de estaciones de radio y televisión de señal abierta, así como la operación de sistemas de audio y video por suscripción, y la **adjudicación de las frecuencias temporales** que sean necesarias para la migración de televisión abierta analógica a la televisión digital terrestre, resaltando que para el efecto, se seguirán los procedimientos establecidos por dicha autoridad en el reglamento que elabore para estos fines, que incluirá, en todos los casos, la presentación del informe vinculante que debe elaborar el CORDICOM.

(...)

Por lo tanto, esta Coordinación de Asesoría Jurídica observa que el Reglamento General a la Ley Orgánica de Comunicación en el artículo 84 si bien le atribuye al CORDICOM la competencia para la emisión de un informe vinculante respecto de la adjudicación de frecuencias temporales, se debe advertir que esta modalidad de adjudicación de frecuencias ni siquiera se encuentra establecida en la Ley Orgánica de Comunicación, por lo cual el CORDICOM no tendría la competencia para actuar en la emisión de dicho informe vinculante”.

El Coordinador General Jurídico de la ARCOTEL, en el criterio jurídico institucional No. ARCOTEL-CJUR-2018-006 de 12 de septiembre de 2018, respecto al tema de su segunda y cuarta consultas, cita los artículos 226 de la Constitución de la República; 18, 37, 50, 59, 142, 144 y 148, numeral 3 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y 14 de su Reglamento General; 5 y 49, numerales 6, 8 y 12 de la Ley Orgánica de Comunicación, y 89 de su Reglamento General; y, 1, 2 y 5 del Reglamento de Elaboración y Expedición del Informe Vinculante Contemplado en los Artículos 49, numeral 8 y 110, numeral 1 e Inciso Final de la Ley Orgánica de Comunicación, y artículo 89 de su Reglamento

General (Resolución CORDICOM-PLE-2016-09), en base de los cuales realiza el siguiente análisis:

“Las competencias de la ARCOTEL se encuentran establecidas en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, siendo entre otras: ‘... 5. *Ejercer el control técnico de los medios de comunicación social que usen frecuencias del espectro radioeléctrico (...)*’, y, ‘... 7. *Normar, sustanciar y resolver los procedimientos de otorgamiento, administración y extinción de los títulos habilitantes previstos en ésta Ley*’.

(...)

En el artículo 18 de la Ley en referencia, se señala que el espectro radioeléctrico constituye un bien del dominio público y un recurso limitado del Estado, inalienable, imprescriptible e inembargable, y que **‘su uso y explotación requiere el otorgamiento previo de un título habilitante’** emitido por la ARCOTEL, de conformidad con lo establecido en dicha Ley, su Reglamento General y regulaciones que emita la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones; aspecto que es concordante con el artículo 35 del Reglamento General de la LOT (...).”

En el mencionado criterio jurídico, se cita además el artículo 37 de la LOT, poniendo énfasis en su inciso final de la siguiente manera:

“(...) para el otorgamiento y renovación de los títulos habilitantes de radiodifusión y sistemas de audio y video por suscripción se estará a los requisitos y procedimientos previstos en la Ley Orgánica de Comunicación, su Reglamento General y la normativa que para el efecto emita la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones”.

De otra parte, el Ministro de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información en el ya referido oficio No. MINTEL-MINTEL-2018-0539-O de 19 de septiembre de 2018, sobre el tema cita los artículos 49 de la Ley Orgánica de Comunicación y 84 de su Reglamento General, después de lo cual precisa que:

“(...) es atribución del Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y la Comunicación la elaboración del informe vinculante para la adjudicación o autorización de concesiones de frecuencias del espectro radioeléctrico para el funcionamiento de estaciones de radio y televisión abierta (...). Conforme al artículo 84 del Reglamento General de la Ley ibídem que dispone para adjudicación y autorizaciones se seguirán los procedimientos establecidos por la autoridad de telecomunicaciones que incluirá, en todos los casos, presentación del informe vinculante”.

Como se analizó oportunamente al atender su primera y cuarta consultas, de acuerdo con el numeral 8 del artículo 49 de la LOC, el CORDICOM tiene atribución para elaborar informes vinculantes tanto para la adjudicación o autorización de concesiones de frecuencias del espectro radioeléctrico para el funcionamiento de estaciones de radio y televisión abierta, así como la operación de sistemas de audio y video por suscripción.

Por tanto, para atender sus consultas segunda y tercera, corresponde examinar las normas que regulan la adjudicación de las frecuencias temporales, necesarias para la migración de televisión abierta analógica a la televisión digital terrestre.

El artículo 84 del Reglamento General a LOC, cuyo texto íntegro fue transcrito en los antecedentes¹¹¹, determina que la autoridad de telecomunicaciones realizará la adjudicación de concesiones y autorizaciones de frecuencias del espectro radioeléctrico, para el funcionamiento de estaciones de radio y televisión de señal abierta, así como la operación de sistemas de audio y video por suscripción, “(...) y la adjudicación de las frecuencias temporales que sean necesarias para la migración de televisión abierta analógica a la televisión digital terrestre”, previendo que al efecto se deben seguir los procedimientos establecidos por dicha autoridad en el reglamento que elabore para estos fines, “(...) que incluirá, **en todos los casos**, la presentación del informe vinculante que debe elaborar el CORDICOM”. (Lo resaltado me corresponde).

El artículo 109 del Reglamento para Otorgar Títulos Habilitantes para Servicios del Régimen General de Telecomunicaciones y Frecuencias del Espectro Radioeléctrico, expedido por la ARCOTEL, prevé lo siguiente:

“Art. 109.- Justificación.- La Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL podrá autorizar o concesionar mediante resolución motivada la operación de frecuencias o canales de radiodifusión sonora o de televisión con el carácter temporal, a los poseedores de títulos habilitantes para la prestación de dichos servicios, en los siguientes casos:

1. Transmisión de asuntos de emergencia o de seguridad nacional y catástrofes naturales;
2. Introducción de nuevas tecnologías, en aplicación de planes técnicos o normas técnicas emitidas por la ARCOTEL; o,
3. Migración o desocupación de bandas autorizadas por la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL”.

Según se aprecia del texto del artículo 109 del Reglamento para Otorgar Títulos Habilitantes para Servicios del Régimen General de Telecomunicaciones y Frecuencias del Espectro Radioeléctrico, la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL es competente para autorizar o concesionar la operación de frecuencias o canales de radiodifusión sonora o de televisión con el carácter temporal, entre otros casos, cuando se trate de migración o desocupación de bandas autorizadas por esa entidad, según el numeral 3 de la norma reglamentaria.

Por su parte, el artículo 110 del mencionado Reglamento, referido en su tercera consulta, establece los requisitos que deben cumplir los solicitantes de frecuencias; el texto de la norma es el siguiente:

111 Pág. 7.

“Art. 110.- Requisitos.- Los solicitantes de frecuencias para la operación temporal de medios de comunicación sean estos de radiodifusión sonora o radiodifusión de televisión, deberán presentar a la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL los siguientes requisitos:

1. Solicitud escrita dirigida a la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL, suscrita por la persona natural solicitante o el representante legal de la persona jurídica, que incluya la justificación de la autorización para la operación temporal y el plazo de operación solicitado.
2. Estudio técnico de ingeniería en los formularios que para el efecto apruebe la ARCOTEL; y,
3. Programación con la cual se propone dar cumplimiento al objeto del pedido, misma que será puesta en conocimiento del Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación”.

Del tenor de la mencionada norma se observa que, los solicitantes de frecuencias para la operación temporal de medios de comunicación, sean de radiodifusión sonora o radiodifusión de televisión, deben presentar a la Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL, entre otros requisitos, la respectiva programación, la cual de acuerdo con el numeral 3 de la citada norma, debe ser puesta en conocimiento del CORDICOM.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su segunda y tercera consultas se concluye que, el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación, es competente para elaborar el informe vinculante para la adjudicación de las frecuencias o canales de radiodifusión sonora o de televisión temporales, que sean necesarias para la migración de televisión digital terrestre, de conformidad con lo determinado en los artículos 49, numeral 8 de la Ley Orgánica de Comunicación y 84 de su Reglamento General, en concordancia con lo establecido en el numeral 3 del artículo 110 del Reglamento para Otorgar Títulos Habilitantes para Servicios del Régimen General de Telecomunicaciones y Frecuencias del Espectro Radioeléctrico, expedido por la ARCOTEL al amparo de lo dispuesto en el inciso final del artículo 37 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Los pronunciamientos de este organismo se limitan a la inteligencia y aplicación general de las normas jurídicas. La verificación del cumplimiento de los requisitos específicos aplicables a los casos concretos, es responsabilidad de los personeros de las respectivas entidades.

IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY: EXONERACIÓN DE PAGO A HONORARIOS POR CONCEPTO DE RESTITUCIÓN O TRANSFERENCIA DE BIENES (LEY PARA EL CIERRE DE LA CRISIS BANCARIA DE 1999)

Oficio PGE No. 00028 de 05-02-2018

CONSULTANTE: CORPORACIÓN FINANCIERA NACIONAL (GUAYAS)**CONSULTAS:**

1. “¿Dentro de las cláusulas de honorarios que se tienen por no escritas o exentas de pago, de conformidad a lo señalado en los artículos 1 y 5 de la Ley para el Cierre de la Crisis Bancaria de 1999, deben entenderse comprendidas también las cláusulas relativas a los honorarios que se generen por concepto de la administración ordinaria de los fideicomisos y a honorarios de terminación y liquidación, o están referidas únicamente a aquellos honorarios que se generen por concepto de restitución o transferencia de dominio realizada sobre los inmuebles que conforman el patrimonio del fideicomiso?”.
2. “¿Dentro de las cláusulas de honorarios que se tienen por no escritas o exentas de pago, de conformidad a lo señalado en los artículos 1 y 5 de la Ley para el Cierre de la Crisis Bancaria de 1999, están también exentos del pago los costos u honorarios fijos de administración, terminación y liquidación, en que incurren las fiduciarias administradoras de fideicomisos durante la vida jurídica de los mismos, de conformidad con las previsiones y cláusulas de sus respectivos contratos?”.
3. “¿Las disposiciones contenidas en la Ley para el Cierre de la Crisis Bancaria de 1999 tienen efecto retroactivo o sus disposiciones rigen a partir de su publicación en el Registro Oficial de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 7 del Código Civil?”.

BASE LEGAL:

Constitución de la República del Ecuador: Art. 66 numeral 17.

Ley Orgánica para el Cierre de la Crisis Bancaria de 1999, publicada en el R.O.S No. 188 de 20 de febrero de 2014, Arts. 1 y 5.

Código Civil: Arts. 7 y 18.

Resolución de la Junta Bancaria No. JB-2009-1427 de 21 de septiembre de 2009: Arts. 4 y 5.

PRONUNCIAMIENTO:

Con oficio No. CFN-GG-2018-0033-OF de 22 de enero de 2018, la entidad consultante remite el criterio del Gerente de la División Jurídica de la CFN, contenido en memorando No. CFN-

GDJU-2017-022458 de 26 de diciembre de 2017, en el que manifiesta que:

“2. ANÁLISIS JURÍDICO INSTITUCIONAL

a. El artículo 1 de la Ley para el Cierre de la Crisis Bancaria de 1999 determina varias situaciones, sin embargo, a efectos del presente análisis, se hará referencia a dos de ellas: UNO: que los fideicomisos constituidos por las instituciones financieras extintas cuyos activos debieron ser transferidos al Banco Central del Ecuador en virtud de la resolución de la Junta Bancaria No. JB-2009-1427 de 21 de septiembre de 2009, deben terminar de pleno derecho y su patrimonio debe ser transferido a las entidades competentes; y, DOS – siendo lo más relevante a consultar a la Procuraduría General del Estado- que: ***‘(...) Las cláusulas contractuales que establezcan condiciones que limiten u obstaculicen dichas transferencias y aquellas que establezcan cualquier tipo de honorarios, incluyendo honorarios y valores por restitución de los inmuebles, se tendrán por no escritas (...)’*** (lo destacado me pertenece).

b. Por otra parte, en extensión a lo que señala la norma referida, encontramos lo que dispone el primer inciso del artículo 5 de la misma Ley para el Cierre de la Crisis Bancaria de 1999:

Art. 5.- Exención de tributos y otros pagos.- La terminación y liquidación de los contratos de fideicomisos estarán exentas del pago de todo tipo de tributos y **del pago de honorarios por concepto de restitución de los inmuebles**. También estarán exentas del pago de aranceles y tributos la transferencia de los activos al MAGAP, INMOBILIAR y a otras entidades del Sector Público. Los tributos y expensas causados que se adeuden por los activos a los que se refiere esta Ley, serán calculados sin intereses y serán registrados en el déficit patrimonial a cargo de las instituciones financieras extintas. (Lo destacado me pertenece).

El Banco Central del Ecuador, INMOBILIAR y el MAGAP quedarán exentos del pago de los impuestos, tasas, contribuciones, multas y expensas causados que se adeudaren al momento de la transferencia de los activos a los que se refiere esta Ley.

c. Las disposiciones transcritas NO son contradictorias y tienen que ser consideradas en su conjunto, con el alcance legal correspondiente; pues, mientras el artículo 1 de la Ley para el Cierre de la Crisis Bancaria de 1999, determina que se tendrán por no escritas las cláusulas contractuales que establezcan ‘cualquier tipo de honorarios’ relacionados con las transferencias, en especial los honorarios y valores por restituciones de inmuebles; el artículo 5 del mismo cuerpo normativo, determina la EXENCIÓN del ‘pago de honorarios por concepto de restitución de los inmuebles’ a realizarse a favor del Banco Central del Ecuador y/o los cesionarios de sus derechos, INMOBILIAR Y EL MAGAP’.

d. Por lo relatado, la referencia a cláusulas no escritas o a la exención de honorarios prevista en los Arts. 1 y 5 de la Ley para el Cierre de la Crisis Bancaria de 1999, **afecta ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE, a aquellos honorarios que se pudieran derivar o relacionar con la transferencia o restitución de activos, en los términos previstos en la propia Ley; sin que se puedan considerar incluidos los COSTOS Y HONORARIOS FIJOS**

DE ADMINISTRACIÓN de estos fideicomisos, u otros honorarios de cumplimiento contractual obligatorio como son los de terminación y liquidación del fideicomiso, según lo previsto en los respectivos contratos (...)”.

Como fundamentos jurídicos, la entidad consultante invoca además de los artículos 1 y 5 de la Ley Orgánica para el Cierre de la Crisis Bancaria de 1999, los considerandos de ese cuerpo normativo, y los artículos 7 y 18 del Código Civil que contienen el principio de irretroactividad y las reglas de interpretación de la ley. Sobre dicha base el informe jurídico concluye que:

“En base al contenido de estos considerandos, es posible concluir que lo que motivó al legislador a dictar la Ley para el Cierre de la Crisis Bancaria de 1999, fue precisamente su deseo de *(...) establecer los instrumentos e instancias de coordinación que permitan la recuperación y realización de los activos (...)*’ que alguna vez formaron parte del patrimonio de las instituciones financieras extintas, lo que no podría conllevar, **bajo ningún parámetro lógico o jurídico, un perjuicio a terceros de buena fe que simplemente desempeñaron las obligaciones que adquirieron en virtud de un contrato y por las cuales merece recibir una contraprestación.**

Así, si el objetivo o finalidad de la Ley es la de facilitar la transferencia y/o restitución de activos en favor de las entidades señaladas, es consecuencia lógica, que las cláusulas que se tendrán por no escritas, son aquellas referidas a los honorarios estipulados por dichos conceptos, más no aquellos de distinta naturaleza como los correspondientes a los COSTOS y HONORARIOS FIJOS DE ADMINISTRACIÓN, o los relacionados con la Terminación y Liquidación de los fideicomisos mercantiles, según como se haya previsto en los contratos respectivos.

En resumen, resulta improcedente que se pretenda aplicar de forma extensiva la exención de pago de honorarios por concepto de transferencia o restitución de activos, a otro tipo de honorarios que no sean los específicamente detallados en la ley.

Debe considerarse, además dentro del análisis, que las cláusulas de honorarios de los fideicomisos tienen estipulaciones relacionadas con: (i) honorarios por constitución; (ii) honorarios por administración, (iii) honorarios de éxito pro gestión de venta, dación en pago o transferencia de bienes, (iv) honorarios por restituciones fiduciarias; (iv) honorarios por liquidación; (v) honorarios por sustitución de fiduciaria; y, (vi) honorarios por celebración de otros contratos accesorios, asistencia a juntas del fideicomiso; entre otros. Al respecto, los honorarios establecidos en contratos de fideicomisos en los que se diferencia claramente los honorarios de éxito o recuperación, de los honorarios que son parte de los costos fijos de administración, deben permitir que sea incuestionable la obligación de pago de dichos honorarios / costos fijos, sin perjuicio de los resultados de la gestión fiduciaria respecto al éxito o recuperación que se haya logrado.

Por lo tanto, resulta evidente que las disposiciones constantes en los artículos 1 y 5 de la Ley para Cierre de la Crisis Bancaria de 1999, referidas a cláusulas no escritas y/o exenciones, son única y exclusivamente aplicables a los honorarios que se generen como consecuencia de la transferencia y/o restitución de activos en favor de las entidades mencionadas; pero de ninguna forma dejan sin efecto o exoneran al BCE del pago de los COSTOS FIJOS u

HONORARIOS DE ADMINISTRACIÓN, TERMINACIÓN Y LIQUIDACIÓN, que se hubieren acordado en los respectivos contratos de fideicomiso suscritos, mucho menos a aquellos honorarios ya devengados y facturados aún antes de la vigencia de la ley, que de ninguna forma establece efectos retroactivos al respecto”.

Atiendo sus consultas en forma conjunta, pues de los antecedentes referidos por la consultante y el tenor de las preguntas se aprecia que las tres tienen por finalidad determinar si los artículos 1 y 5 de la Ley Orgánica para el Cierre de la Crisis Bancaria de 1999, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 188 de 20 de febrero de 2014, se aplican para exonerar del pago de honorarios por la administración efectuada por las fiduciarias durante la vida jurídica de los fideicomisos antes de la promulgación de esa Ley.

En el contexto de la consulta, las fiduciarias serían terceros de buena fe que desempeñaron obligaciones por contrato, sujetas a contraprestación, según se expresa en el acápite d.3 de la comunicación que contestó, por lo que la exoneración del pago de honorarios que establece la Ley Orgánica para el Cierre de la Crisis Bancaria de 1999, no podría aplicarse a los honorarios causados por la administración realizada por las fiduciarias antes de la promulgación de esa Ley, pues aquello implicaría darle efecto retroactivo.

La Resolución No. JB-2009-1427 de 21 de septiembre de 2009, que refiere la entidad consultante como antecedente, reformó el Título XVIII, Capítulo XIV de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, titulado “De la Conclusión de los Procesos de Liquidación Forzosa”; al efecto, los artículos 4 y 5 de dicho Capítulo, previeron la transferencia de activos de la institución financiera en liquidación a otra institución financiera. La Resolución precitada constituye el acto normativo que reguló los procesos de liquidación de las instituciones financieras en liquidación que registren pasivos por montos superiores al valor de sus activos; y, fue aplicado según se infiere de los antecedentes expuestos por la consultante, a las instituciones financieras cuya liquidación proviene de la crisis bancaria de 1999.

Las normas sobre cuya aplicación tratan las consultas, son los artículos 1 y 5 de la Ley Orgánica para el Cierre de la Crisis Bancaria de 1999 (en adelante LOCCB), cuyo tenor es el siguiente:

“Art. 1.- Terminación de los contratos de fideicomiso y registro de bienes.- Los fideicomisos constituidos por las instituciones financieras extintas, sus compañías domiciliadas en el extranjero, empresas vinculadas o por compañías deudoras inactivas, cuyos activos debieron ser transferidos al Banco Central del Ecuador en virtud de la resolución de la Junta Bancaria No. JB-2009-1427 (RO 51 de 21 de octubre de 2009), así como aquellos fideicomisos que contengan bienes que fueron entregados en dación en pago al Banco Central del Ecuador **se terminarán de pleno derecho.**

Como consecuencia de la terminación de los contratos de fideicomiso, a partir de la publicación de la presente Ley en el Registro Oficial, el Banco Central del Ecuador tendrá el plazo de hasta ciento veinte (120) días para liquidar los fideicomisos, y las fiduciarias hasta ciento cincuenta (150) días adicionales para **transferir de su patrimonio los inmuebles urbanos a favor del Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, INMOBILIAR y los inmuebles rústicos a favor del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y**

Pesca, MAGAP; y, los bienes muebles, cartera y otros activos que tuvieran aportados a sus patrimonios autónomos a favor del Banco Central del Ecuador.

Las cláusulas contractuales que establezcan condiciones que limiten u obstaculicen dichas transferencias y aquellas que establezcan cualquier tipo de honorarios, **incluyendo honorarios y valores por restitución de los inmuebles**, se tendrán por no escritas”. (El énfasis me corresponde)

“Art. 5.- Exención de tributos y otros pagos.- **La terminación y liquidación de los contratos de fideicomisos estarán exentas del pago de todo tipo de tributos y del pago de honorarios por concepto de restitución de los inmuebles.** También estarán exentas del pago de aranceles y tributos la transferencia de los activos al MAGAP, INMOBILIAR y a otras entidades del Sector Público. Los tributos y expensas causados que se adeuden por los activos a los que se refiere esta Ley, serán calculados sin intereses y serán registrados en el déficit patrimonial a cargo de las instituciones financieras extintas.

El Banco Central del Ecuador, INMOBILIAR y el MAGAP quedarán exentos del pago de los impuestos, tasas, contribuciones, multas y expensas causados que se adeudaren al momento de la transferencia de los activos a los que se refiere esta Ley”. (El énfasis me corresponde)

Según el tenor de las normas transcritas, la LOCCB dispone la terminación de pleno derecho y posterior liquidación de los fideicomisos constituidos por entidades financieras en liquidación producto de la crisis bancaria de 1999.

El considerando décimo cuarto que precede al articulado de la LOCCB, manifiesta lo siguiente:

“Que, a efectos de cerrar definitivamente el nefasto capítulo de la historia nacional que representa la crisis financiera del año 1999, es imperioso transferir irrevocablemente los activos que en la actualidad administra el Banco Central del Ecuador a instituciones públicas que le puedan dar un uso provechoso, en beneficio del colectivo social; y pagar las acreencias al sector privado y público;”.

Del texto transcrito se observa que, la transferencia de activos a favor de las instituciones públicas, constituye el mecanismo establecido por la LOCCB para cumplir el propósito y fin de esa Ley. Al efecto, los artículos 1 y 5 de la LOCCB utilizan las expresiones restitución y transferencia de bienes y activos en el mismo sentido, es decir como medios que permiten que los bienes y activos que integran los fideicomisos que terminan de pleno derecho y se liquidan, pasen al patrimonio de las entidades públicas designadas por la Ley, para que se destinen al beneficio de la colectividad y al pago de las acreencias al sector privado y público.

De acuerdo con el segundo inciso del artículo 1 de la LOCCB, terminados y liquidados los contratos de fideicomiso, las fiduciarias debieron transferir, en los plazos previstos por esa norma, los inmuebles

urbanos al Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, INMOBILIAR; los inmuebles rústicos al Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, MAGAP; y, los bienes muebles, cartera y otros activos al Banco Central del Ecuador.

Para efectos de liquidación de los fideicomisos, el inciso final del artículo 1 de la LOCCB, ordena que se tengan como no escritas las cláusulas de los contratos de fideicomiso mercantil que limiten u obstaculicen dichas transferencias y “establezcan cualquier tipo de honorarios, incluyendo honorarios y valores por restitución de los inmuebles”.

Concordante, el artículo 5 de la LOCCB exonera del pago de todo tipo de tributos y pago de honorarios que se generen por la restitución de los inmuebles y la transferencia de activos al MAGAP, INMOBILIAR y otras entidades del Sector Público, entre ellas el Banco Central del Ecuador.

Los honorarios se definen como “Remuneración, estipendio o sueldo que se concede por ciertos trabajos. Generalmente se aplica a las profesiones liberales, en que no hay relación de dependencia económica entre las partes, y donde fija libremente su retribución el que desempeña la actividad o presta los servicios”¹¹².

Los honorarios son costos o gastos que genera la administración del fideicomiso y que según consta en el informe jurídico de la entidad consultante, fueron acordados en los respectivos contratos suscritos; en ese sentido se refieren a ellos los artículos 1 y 5 de la LOCCB, para efectos de exonerar de su pago a las instituciones públicas a favor de las que se hubiere efectuado la transferencia de bienes y activos que esa ley ordena, como consecuencia de la terminación y liquidación de los fideicomisos.

La restitución o transferencia de activos es un hecho cronológicamente posterior a la promulgación de la LOCCB, que declara la terminación y liquidación de los fideicomisos, por lo que la previsión normativa del segundo inciso del artículo 5 de la LOCCB debe ser entendida conforme a su tenor, expresamente referido a los honorarios causados por concepto de la transferencia de los activos que el segundo inciso del artículo 1 de esa Ley ordena. El alcance del texto de la norma, no puede ser aplicado a conceptos distintos, como es el caso de los honorarios de las fiduciarias ya causados o devengados antes de la vigencia de la LOCCB.

Por tanto, respecto a los honorarios de las fiduciarias, provenientes de la transferencia de los bienes y activos, es claro que el artículo 5 de la LOCCB, según el tenor de su segundo inciso, exonera de pago a las entidades públicas beneficiarias de dicha transferencia.

Adicionalmente, se debe considerar que el numeral 17 del artículo 66 de la Constitución de la República dispone que: “Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley”.

Del análisis jurídico que precede se aprecia que, como consecuencia de la terminación de pleno derecho de los fideicomisos que ordena el artículo 1 de la LOCCB, esa norma dispone su liquidación y la transferencia de los bienes y activos de los fideicomisos a favor de varias instituciones públicas, a las que el primer inciso del artículo 5 de la misma Ley expresamente exonera de tributos y otros

112 <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/honorarios/honorarios.htm>

pagos que se adeudaren al momento de la transferencia, entre ellos los “honorarios por concepto de restitución de los inmuebles”.

Es decir que, según el tenor del artículo 5 de esa Ley, el acto que está exonerado del pago de todo tipo de tributos y honorarios, es exclusivamente, a la restitución o transferencia de bienes y activos de los fideicomisos, a favor de las instituciones públicas establecidas por el artículo 1 de la LOCCB. Los artículos 1 y 5 de la LOCCB no se refieren a otros honorarios devengados por las fiduciarias, y por tanto no se puede extender el alcance de esas normas a rubros distintos a los expresamente exonerados y previstos por el legislador.

En atención a los términos de sus consultas se concluye que, de acuerdo con el tenor del artículo 5 de la LOCCB, la exoneración de pago que esa norma establece, se aplica a los honorarios por concepto de restitución o transferencia de bienes, esto es a aquellos que se generaren con motivo y por efecto de la transferencia de los activos que ordena el artículo 1 de esa Ley, por tanto se limita a dicho rubro y no incluye otros honorarios de administración de los fideicomisos, estipulados en los respectivos contratos y provenientes de la administración efectuada antes de la promulgación de esa ley o hasta el momento en que efectivamente se verifique la restitución o transferencia de los bienes y activos a favor de las entidades públicas beneficiarias.

Finalmente, en aplicación del principio de irretroactividad de la ley, contenido en el artículo 7 del Código Civil según el cual “La ley no dispone sino para lo venidero”, con relación a los honorarios por la administración efectuada y devengada por las fiduciarias, referidos a períodos anteriores a la promulgación de la LOCCB, se concluye que su pago se debe realizar de conformidad con las previsiones y cláusulas de sus respectivos contratos por cuanto la ley no es retroactiva.

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

JORNADA LABORAL: PROFESIONALES DE LA SALUD

Oficio PGE No. 00873 de 12-04-2018

CONSULTANTE: UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO

CONSULTAS:

1. “Las horas que deben laborar los médicos y/u odontólogos que trabajan en los departamentos médicos-odontológicos de la Universidad Nacional de Chimborazo, y que ingresaron por ganar concurso antes de la expedición de la LOSEP con un horario de 4HD, ¿deben cumplir con su jornada laboral de 4HD o cumplir con la jornada laboral de 8 HD por efectos de la Disposición Derogatoria de la LOSEP?”.

2. “Los médicos y/u odontólogos que trabajan en los departamentos médicos-odontológicos de la Universidad Nacional de Chimborazo, están sujetos a la aplicabilidad de la Resolución No. MRL-2011-000033, codificada posteriormente con la Resolución No. MRL-2014-0674 del Ministerio de Relaciones Laborales, hoy Ministerio del Trabajo, es decir su jornada laboral que mantenían de 4HD, ¿deben cumplir a la presente fecha 8 horas diarias de trabajo?”.

BASE LEGAL:

Constitución de la República: Art. 3, 22 letra c) y 25.

Código Civil: Art. 7.

Ley Orgánica del Servicio Público: Art. 51 lit. a) y Disposiciones Derogatorias.

Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público: Art. 25 lit. b).

Resolución del Ministerio de Trabajo, No. MRL-2014-0674: Art. 2.

2017.

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

El informe de la Procuradora General de la Universidad Nacional de Chimborazo, contenido en oficio No. 1016-P-UNACH-2017 de 17 de octubre de 2017, citó como fundamentos jurídicos de las consultas, los artículos 33 y 355 de la Constitución de la República; 3, 22 letra c), 25 y las Disposiciones Derogatorias de la Ley Orgánica del Servicio Público; artículo 25 letra b) de su Reglamento General; y, por otra parte, los artículos 18 letras d) y e) de la Ley Orgánica de Educación Superior; 2 del Estatuto de la Universidad Nacional de Chimborazo; 1 y 2 de la Resolución MRL-2011-000033; y, la Resolución No. MRL-2014-0674.

En forma previa a atender su consulta, mediante oficio No. 12859 de 7 de noviembre de 2017, esta Procuraduría requirió el criterio jurídico del Ministro del Trabajo, el mismo que fue remitido con oficio No. MDT-CGAJ-2017-0820-O de 14 de noviembre de 2017, recibido el 24 del mismo mes y año, en el que dicha Cartera de Estado concluyó lo siguiente:

“Atendiendo los términos de su consulta, si en la Universidad Nacional de Chimborazo labora un médico y una odontóloga, con una jornada inferior a las ocho horas, la aplicación de las resoluciones citadas no es extensiva para estos profesionales que laboran en las instituciones del sector público que no trabajan en Unidades Operativas que integran la Red Pública Integral de Salud-RPIS, como es el caso del Departamento Médico Odontológico de la institución educativa, por lo que hasta que este Ministerio emita las regulaciones que permitan determinar las jornadas de trabajo y su procedimiento, en calidad de médico y odontóloga de la Universidad, seguirán laborando las horas que vienen cumpliendo y con la remuneración mensual unificada que vienen percibiendo y que se entiende fue fijada de acuerdo a las resoluciones emitidas por la ex SENRES, y posteriormente por el Ministerio de Relaciones Laborales hasta cuando se expide la Ley Orgánica del Servicio Público”.

El pronunciamiento de este Organismo, contenido en oficio No. 13449 de 27 de diciembre de 2017, examinó las dos preguntas de su consulta por separado, diferenciando las situaciones jurídicas de los servidores públicos, según si su ingreso se hubiere producido antes o después de la expedición de la Ley Orgánica del Servicio Público; y, concluyó en los siguientes términos:

PRIMERA CONSULTA

“(…)

Por lo expuesto, en atención a su primera consulta se concluye que de acuerdo al inciso octavo de la Disposición Derogatoria de la LOSEP, los médicos y odontólogos que se hayan contratado y se contraten para trabajar en los departamentos de salud de las instituciones públicas que no pertenecen a la Red Pública Integral de Salud a partir de la entrada en vigencia de la LOSEP, esto es desde el 6 de octubre de 2010, deberán cumplir una jornada laboral de ocho horas diarias; mientras que, los profesionales de la salud que hubieren ganado un concurso y se hubieren posesionado antes de la expedición de la LOSEP, continuarán prestando sus servicios en la misma jornada laboral que se haya establecido para el efecto en observancia de las resoluciones de la ex SENRES y por el Ministerio de Relaciones Laborales previas a la expedición de la LOSEP, y percibiendo la remuneración correspondiente al horario y tiempo efectivamente dedicado a sus funciones, hasta que el Ministerio del Trabajo expida la respectiva norma técnica de acuerdo a su atribución establecida en el artículo 51 letra a) *Ibídem*.

Es responsabilidad de las máximas autoridades de las instituciones del sector público el verificar que la remuneración de cada servidor público esté acorde a su jornada de trabajo y a las funciones que realiza, de acuerdo a la normativa legal vigente y a las disposiciones que en materia de remuneraciones haya expedido o expida el órgano rector de la materia”.

SEGUNDA CONSULTA

“(…)

De lo hasta aquí expuesto, se concluye que de acuerdo al artículo 2 de la Resolución No. MRL-2014-0674 del Ministerio del Trabajo, los médicos y odontólogos que trabajan en los departamentos médicos de la Universidad Nacional de Chimborazo, no se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación de esa norma, toda vez que las disposiciones contenidas en dicha Resolución regulan la situación laboral de los profesionales de la salud que prestan servicios en las instituciones que conforman la Red Pública Integral de Salud.

Finalmente, al atender su primera consulta, este Organismo ya se pronunció en relación a la jornada de trabajo de ocho horas diarias que deben cumplir los médicos y odontólogos que se contraten para trabajar en los departamentos de salud de las instituciones públicas que no pertenecen a la Red Pública Integral de Salud a partir de la entrada en vigencia de la LOSEP”.

En el oficio No. 024-UNACH-R-2018 de 15 de enero de 2018, que contiene la solicitud de reconsideración del pronunciamiento emitido mediante oficio No. 13449 de 27 de diciembre de 2017, se transcribe lo que manifestó esta Procuraduría sobre el tema, luego de lo cual expone lo siguiente:

“(…)

Como se puede observar, nuestra consulta hace referencia específicamente a la aplicación de las disposiciones legales relacionadas con la jornada de trabajo, para el caso del personal que ingresó con nombramiento permanente y que accedió al cargo de médicos y odontólogos, previo a la vigencia de la LOSEP.

(…)

Sin embargo, la conclusión realizada por la Procuraduría General del Estado, genera duda en la aplicación, al señalar que los profesionales de la salud que hubieren ganado un concurso y se hubieren posesionado antes de la expedición de la LOSEP, **continuarán prestando** sus servicios en la misma jornada laboral que se haya establecido para el efecto, es decir ¿4 horas diarias?, y percibiendo la remuneración correspondiente al horario y tiempo efectivamente dedicado a sus funciones (…)

El oficio No. 139-P-UNACH-2018 de 15 de febrero de 2018, que contiene el criterio jurídico de la Procuradora General de la UNACH, para fundamentar la solicitud de reconsideración, manifiesta lo siguiente:

“(…) ésta Procuraduría General se ratifica en el criterio emitido mediante oficio No. 1016-P-UNACH-2017, por cuanto considera que las disposiciones de la LOSEP son de aplicación general, para todos los servidores, incluidos los médicos y odontólogos que ingresaron antes de la LOSEP, y por consiguiente deben cumplir una jornada de 8 horas, puesto que, en la UNACH no existen los cargos de médicos radiólogos o radioisótopos, que

son los únicos que la Ley exceptúa.

En cuanto a la aplicación de la Disposición Transitoria Novena de la LOSEP que dice: (...) **NO** es aplicable al caso consultado, puesto que la misma hace referencia a la escala de remuneraciones del Ministerio de Salud Pública, técnico docentes y educadores para la salud, **MAS NO**, a los **servidores universitarios que ocupan cargos de médicos y odontólogos**.

Por otra parte, el informe jurídico que fundamenta la reconsideración, agrega además que, mediante Acuerdo Ministerial 226, publicado en el Registro Oficial No. 608 de 15 de octubre de 2015, se ha establecido “la escala de techos y pisos de las remuneraciones mensuales unificadas de las y los servidores públicos bajo el régimen de la Ley Orgánica de Servicio Público de las Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas”; y, expone:

“La escala en mención está siendo aplicada en la Universidad Nacional de Chimborazo de acuerdo a la Norma Técnica del Subsistema de Clasificación de Puestos emitida por el Ministerio del Trabajo, razón por la cual, los señalados servidores; sin embargo, que, su ingreso a la institución se registra con fecha anterior a la LOSEP, **en la actualidad perciben una remuneración fijada para una jornada de 8 horas diarias, pese a que laboran una jornada de 4 horas diarias.**”

Por último, es criterio de ésta Procuraduría, que no existe norma técnica que debemos esperar expida el Ministerio del Trabajo para la solución del caso consultado, puesto que como se ha señalado, la norma que rige las escalas de remuneraciones de los servidores universitarios ya fue emitida el 15 de octubre de 2015. Pudiendo concluir que en aplicación del principio de igualdad los servidores deben laborar 8 horas diarias, tanto más cuanto su remuneración cumple con lo establecido en el Acuerdo Ministerial 226 emitido por el Ministerio de Trabajo para los servidores universitarios que cumplen una jornada de 8 horas diarias”.

Del texto de su oficio No. 024-UNACH-R-2018, así como del criterio jurídico de la Procuradora de la UNACH, se evidencia que los argumentos jurídicos en los que se fundamenta su pedido de reconsideración, son los mismos en los que se motivaron las consultas inicialmente planteadas en el oficio No. 0984-P-UNACH-2017 de 10 de octubre de 2017, y que fueron atendidas por este Organismo mediante pronunciamiento contenido en oficio No. 13449 de 27 de diciembre de 2017.

Por su parte, el Acuerdo Ministerial No. MDT-2015-226¹¹³ que contiene la “Escala de las Remuneraciones Mensuales Unificadas de las y los Servidores Bajo el Régimen de la Ley Orgánica del Servicio Público de las Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas”, es una norma aplicable a las remuneraciones de los servidores públicos sujetos a la LOSEP; es decir, al personal cuyo ingreso se hubiere producido con posterioridad a la expedición de dicho cuerpo legal; mientras que, el tema que motivó su consulta y el pedido de reconsideración, es la jornada y remuneración de los profesionales de la salud de dicha institución de educación superior, que ingresaron a laborar en la UNACH por concurso de méritos y oposición, antes de la expedición de la LOSEP.

113 Reformado mediante Acuerdos Ministeriales Nos. 305, publicado en el Registro Oficial No. 942 de 10 de febrero de 2017; y, 185, publicado en el Registro Oficial No. 141 de 15 de diciembre de 2017, respectivamente.

El principio de irretroactividad de las normas, consta en el artículo 7 del Código Civil, que dispone: “La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo”.

En virtud de lo expuesto, me abstengo de atender su requerimiento, a la vez que me ratifico en el pronunciamiento contenido en oficio No. 13449 de 27 de diciembre de 2017.

JURISDICCIÓN COACTIVA CONTRA FUNCIONARIOS: EMPRESAS PÚBLICAS

Oficio PGE No. 01779 de 28-11-2018

CONSULTANTE: EMPRESA PÚBLICA FABRICAMOS ECUADOR (FABREC EP)

CONSULTA:

“¿Es aplicable la jurisdicción coactiva contenida en la Disposición General Cuarta de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, contra funcionarios, exfuncionarios, trabajadores o extrabajadores de la Empresa Pública Fabricamos Ecuador FABREC EP?”.

BASE LEGAL:

Constitución de la República: Art. 226 y 315

Código Orgánico Administrativo: Arts. 1, 42 núm. 9, 43 y 261

Ley Orgánica de Empresas Públicas: Art. 11 núm. 16 y Disposición General Cuarta

Ley Orgánica de Defensa del Consumidor: Art. 2.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado: Art. 92

Pronunciamiento del Procurador General del Estado: Oficio No. 13567 de 29 de abril 2010; Oficio No. 04541 de 28 de octubre 2011; Oficio No. 04358 de 21 de enero 2016; Oficio No. 09063 de 10 de enero 2017.

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

Con oficios Nos. 00490 y 00786 de 4 y 26 de septiembre de 2018 respectivamente, este organismo solicitó a la empresa pública que usted representa reformular los términos de la consulta inicialmente presentada en oficio No. FAB-GG-CT-0170-2018-O de 21 de agosto de 2018, de manera que trate sobre la inteligencia o aplicación de una norma específica y remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado por parte del Gerente Jurídico de FABREC EP, respecto de la consulta reformulada; al no haber sido atendidos dichos requerimientos, mediante oficio No. 01098 de 17 de octubre del presente año, con fundamento en el artículo 6 de la Resolución No. 17, 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 del mismo año, se procedió a la abstención y archivo de la consulta formulada.

De los antecedentes expuestos se aprecia que su nueva consulta trata sobre la aplicación de la Disposición General Cuarta de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que regula la acción coactiva de esas entidades; y que, a ella se ha adjuntado el informe jurídico que dispone el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, por lo que procede la reactivación del trámite de acuerdo con el artículo 7 de la Resolución No. 17 de este organismo, agregado por la Resolución No. 121 publicada en Registro Oficial No. 264 de 25 de agosto del 2010.

En el oficio que contesto se menciona el siguiente antecedente:

“El Departamento Financiero de la Empresa Pública Fabricamos Ecuador FABREC EP, en razón de haber transferido a cuentas personales, recursos por fondos a rendir cuentas, mismos que no han sido justificados; así como, por haber pagado demás a proveedores; y, por pagos relacionados con subsidios de maternidad y enfermedad a trabajadores, siendo que en este último caso era el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, la entidad que debió pagar; generó varias cuentas por cobrar, cuyos titulares son exfuncionarios y/o trabajadores de FABREC EP.

Ante la imposibilidad de cobro, pese a las acciones efectuadas, el Gerente Financiero, emite títulos de crédito y órdenes de cobro; y, solicita a la Gerencia Jurídica, el inicio de acciones coactivas en contra de los exfuncionarios y extrabajadores”.

Al oficio de consulta se adjunta el criterio jurídico contenido en memorando No. FAB-GJ-2018-0234-M de 2 de agosto de 2018, en el que se refiere como antecedente el examen especial Nro. DAAC-0081-2016 efectuado por la Contraloría General del Estado, a las operaciones administrativas y financieras de esa empresa pública, entre otros procesos, luego de lo cual señala lo siguiente:

“(...) se desprende entre otras cosas que, ‘(...) El Gerente Financiero en atención al requerimiento de auditoría contenido en el oficio 81-DAAC-EE-FABREC de 12 de marzo de 2015, con oficio 0084-FG-FAB-2015 de 23 de marzo de 2015, adjuntó el detalle de cuentas por cobrar ex empleados, en el que se informó el motivo que generó la cuenta por cobrar, acciones realizadas para su cobro y las razones por las cuales no se lograron recuperar las mencionadas cuentas; determinando un saldo al 31 de diciembre de 2014, de 137

*666,38 USD, valor que corresponde a **anticipos de sueldos y fondos a rendir cuentas**, otorgados en los años 2012 y 2013, los cuales no fueron cancelados, ni justificados por los responsables, ya que el valor de su liquidación fue inferior al adeudado a la empresa (...)*”.

Cabe señalar que en el informe de examen especial No. DAAC-0081-2016 realizado al periodo comprendido entre el 12 de abril de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2014¹¹⁴, se recomienda al Gerente General Subrogante de la empresa lo siguiente:

“Dispondrá al Gerente Financiero, implemente controles internos para la cuenta fondos a rendir cuentas, efectúe las gestiones oportunas y necesarias para la recuperación y justificación de valores pendientes de cobro por anticipos de sueldos y fondos a rendir cuentas no liquidados; y, en coordinación con la Gerencia Jurídica inicien los procesos legales tendientes a la inmediata recuperación de valores, a fin de cautelar los recursos”.

En el mencionado criterio jurídico, el Gerente Jurídico de FABREC EP cita como fundamentos jurídicos los artículos 226 y 315 de la Constitución de la República; numeral 16 del artículo 11, numeral 1 del artículo 31, artículo 47 y Disposición General Cuarta de la Ley Orgánica de Empresas Públicas; y, artículos 9, 38 y 39 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, concluyendo en los siguientes términos:

“Por lo contenido en el artículo 226 de la Carta Magna, y, por carecer los funcionarios/as ex funcionarios/as u obreros/as, de la calidad de clientes, usuarios o consumidores, por lo expuesto no solo en los antecedentes, sino también en el análisis efectuado, no se debieron haber iniciado acciones coactivas en su contra, por carecer de legalidad; situación que además, pudo haber generado el inicio de acciones legales en contra de Fabricamos Ecuador FABREC EP, y en contra de quienes solicitaron, dispusieron y ejercieron, inadecuadamente la jurisdicción coactiva.

En mi calidad de Gerente Jurídico, me permito recomendar, se soliciten los informes finales a los exámenes especiales, así como, los informes de responsabilidades, con la finalidad de contar con las bases necesarias, que permitan el inicio de las acciones legales que correspondan”.

Para atender su consulta, como antecedente es pertinente considerar el artículo 226 de la Constitución de la República¹¹⁵, que establece el principio de legalidad que rige en derecho público:

“Art. 226.- 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”.

114 Recuperado de la página web de la Contraloría General del Estado.

115 Constitución de la República del Ecuador, Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Los incisos primero y segundo del artículo 315 de la Constitución disponen 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.

Las empresas públicas estarán bajo la 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 (...).”

De las disposiciones constitucionales invocadas, se determina que las entidades públicas están sujetas al principio de legalidad y por tanto solamente pueden ejercer las competencias y facultades que les sean atribuidas por la Constitución o la Ley.

En relación a la potestad coactiva a la que hace referencia su consulta, el numeral 16 del artículo 11 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas¹¹⁶ (en adelante LOEP), incluye entre los deberes y atribuciones del Gerente General el: *“Ejercer la jurisdicción coactiva en forma directa o a través de su delegado”*.

La Disposición General Cuarta de la misma ley sobre el tema determina lo siguiente:

“JURISDICCIÓN COACTIVA. Las empresas públicas tienen jurisdicción coactiva para la recaudación de los valores adeudados por sus clientes, usuarios o consumidores. La ejercerán de conformidad con lo previsto en el **Código Orgánico Administrativo**”. (Lo resaltado me corresponde).

De las disposiciones de la LOEP citadas se observa que la ley confiere potestad coactiva a las empresas públicas con el propósito de recuperar valores adeudados por sus clientes, usuarios o consumidores, la cual debe ser ejercida por el Gerente General de dichas entidades.

En armonía con lo manifestado, el artículo 2 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor¹¹⁷, define al consumidor como:

“Toda persona natural o jurídica que como destinatario final adquiera utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello. Cuando la presente ley mencione al Consumidor, dicha denominación incluirá al Usuario”.

116 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 48 de 16 de octubre de 2018.

117 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 116 de 10 de julio de 2000.

Adicionalmente, es pertinente considerar que el Código Orgánico Administrativo¹¹⁸ (en adelante COA), según su artículo 1 tiene por objeto, regular “*el ejercicio de la función administrativa de los organismos que conforman el sector público*”; y, el numeral 9 del artículo 42 del mismo código incluye dentro de su ámbito de aplicación: “*La ejecución coactiva*”. El primer inciso del artículo 43 del citado código, que establece su ámbito subjetivo de aplicación, incluye expresamente en él a las empresas públicas, previendo que: “*(...) En el caso de empresas públicas, se aplicarán las disposiciones de este Código en lo que no afecte a las normas especiales que las rigen*”.

En el Libro Tercero, Título II “Procedimiento de Ejecución Coactiva”, Capítulo Primero, “Reglas Generales para el ejercicio de la potestad coactiva” del COA, el artículo 261, primer inciso, prevé que: “*(...) Las entidades del sector público son titulares de la potestad de ejecución coactiva cuando esté previsto en la ley*”.

De las disposiciones previamente invocadas se desprende que el COA es aplicable a todos los organismos del Sector Público, incluyendo las empresas públicas, y que la coactiva, regulada en el Libro III, Título II, Capítulo Primero del mencionado código, es una competencia que pueden ejercer las instituciones públicas siempre y cuando la ley expresamente la prevea.

Antes de la expedición del Código Orgánico Administrativo, con relación al carácter administrativo de la coactiva, en pronunciamiento contenido en oficio No. 13567 de 29 de abril de 2010, la Procuraduría General del Estado expresó lo siguiente:

“Del análisis jurídico que precede se desprende que la acción coactiva que el ordenamiento jurídico confiere a diversas instituciones del Estado (...) para declarar y cobrar por sí mismas los créditos que se les adeuden, tiene naturaleza administrativa y no jurisdiccional, pues se ejerce por los empleados recaudadores (...)”.

En armonía con lo expuesto, considerando que, en materia de contratación pública, la ley prevé un sistema de garantías y adicionalmente las entidades públicas contratantes pueden ejercer acciones judiciales de daños y perjuicios, en pronunciamiento contenido en oficio No. 04541 de 28 de octubre de 2011 la Procuraduría General del Estado, examinó 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. (...)”.

Similar análisis consta en pronunciamiento contenido en oficio No. 04358 de 21 de enero de 2016, en el que este organismo manifestó:

“Por lo expuesto, en atención a los términos de la consulta se concluye que, la coactiva que confiere el artículo 44 de la Ley Orgánica de Educación Superior a las instituciones públicas de educación superior, para el cobro de obligaciones a su favor, no se aplica al cobro de obligaciones provenientes de contratos de arrendamiento de inmuebles, materias reguladas

por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento, la Resolución No. 13 del Servicio de Contratación Pública y en forma supletoria por la Ley de Inquilinato y el Código Civil, que para tales efectos constituyen las leyes competentes. En caso de controversia por valores que los arrendatarios adeudaren a la entidad pública arrendadora, ésta se sujetará a los jueces competentes”.

Sobre la misma materia, en oficio No. 09063 de 10 de enero de 2017, la Procuraduría General del Estado, concluyó lo siguiente:

“(…) en aplicación del principio de legalidad previsto en el artículo 226 de la Constitución de la República, se concluye que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, está facultada por mandato expreso de la Ley a ejercer la acción coactiva de la que se halla investida, únicamente para cobrar las multas y hacer efectiva las sanciones impuestas por infracciones a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, según lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley Ibídem, y por tanto no es jurídicamente procedente que extienda el ejercicio de la acción coactiva a materias distintas de las previstas expresamente por esa norma”.

Las conclusiones citadas en los diferentes pronunciamientos emitidos por esta entidad, no han variado con la promulgación del Código Orgánico Administrativo, cuyo Libro Tercero regula el procedimiento de ejecución coactiva, pues el primer inciso de su artículo 261 reitera que su ejercicio se sujeta a la ley.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta y de conformidad con el análisis normativo se concluye que, la acción coactiva prescrita en la Disposición General Cuarta de la Ley Orgánica de Empresas Públicas es aplicable únicamente respecto a las personas naturales o jurídicas que tengan la calidad de clientes, consumidores o usuarios de esas entidades, sin que pueda hacerse extensiva a otras materias distintas a las regladas por esa ley.

Es responsabilidad de los personeros de la empresa pública, acatar la recomendación que ha efectuado la Contraloría General del Estado, cuyo cumplimiento es obligatorio de conformidad con el artículo 92 de la ley orgánica que rige a ese organismo.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, sin que sea facultad de la Procuraduría General del Estado determinar las competencias de las instituciones que forman parte del Sector Público.

MANTENIMIENTO INFRAESTRUCTURA DE ESCUELAS FISCALES: GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADO PARROQUIAL

Oficio PGE No. 01097 de 17-10-2018

CONSULTANTE: GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO PARROQUIAL RURAL DE

GUADALUPE**CONSULTA:**

¿Las escuelas fiscales son consideradas espacios públicos? y por ello ¿es permitido (sic) nuestra intervención con fondos públicos del Gobierno Parroquial, en materia de mantenimiento infraestructura (sic) de los establecimientos educativos de nuestra parroquia?

BASE LEGAL:

Constitución de la República: Arts. 23, 226, 238, 239, 267 y 347.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización: Arts. 6, 55, 114, 138 y 145.

Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo: Art. 4 núm. 7.

Ley Orgánica de Educación Intercultural: Arts. 36 letras b), f) y g), 53 y 54.

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

A fin de contar con mayores elementos de análisis sobre el tema materia de consulta, mediante oficios Nos. 00401 y 00402 de 29 de agosto de 2018, este organismo solicitó los criterios institucionales de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (AME) y del Consejo Nacional de Gobiernos Parroquiales Rurales del Ecuador (CONAGOPARE); e insistió en el requerimiento formulado a la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (AME) con oficio No. 00716 de 21 de septiembre de 2018.

Mediante oficio No. 267-18-BA-GO-CONAGOPARE de 11 de septiembre de 2018, ingresado el 12 de los mismos mes y año, el Presidente Nacional del Consejo Nacional de Gobiernos Parroquiales Rurales del Ecuador ha remitido adjunto el criterio jurídico institucional, contenido en el memorando No. DNAJ-2018-030 de 10 de septiembre de 2018, suscrito por el Director Nacional de Asesoría Jurídica de la entidad.

La Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, remitió su criterio jurídico institucional a través del oficio No. AME-DE-2018-0080 de 21 de septiembre de 2018, recibido el mismo día, al que se

adjunta el memorando No. 413-DNAJ-AME-2018 de 12 de septiembre de 2018, suscrito por el Director Nacional de Asesoría Jurídica de esa entidad asociativa.

El criterio jurídico adjunto a la consulta, contenido en oficio No. 013-AJ-CONAGOPARE-ZCH de 24 de julio de 2018, suscrito por la Asesora Jurídica del CONAGOPARE de Zamora Chinchipe cita como fundamentos jurídicos los artículos 261, numeral 6, 264, numeral 7 y 273 de la Constitución de la República y 2, numeral 7, 3 y 138 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en base de los cuales manifiesta y concluye lo siguiente:

“(...) es importante analizar que la gestión concurrente no puede deslindarse del ejercicio de la competencia, que claramente se define hacia el Gobierno Autónomo Municipal, por lo tanto el GAD Parroquial, no debe realizar inversiones de su presupuesto hacia el sector educativo en cuanto a infraestructura o equipamiento, porque pueden en lo posterior ser observador (sic) por la entidad que regula el control y administración de los fondos públicos.

Conclusión

Por lo expuesto, no es procedente la firma del convenio al que se hace referencia en este oficio, sugiriendo se dé respuesta al Distrito de Educación, para que realice la respectiva gestión, con el GAD Municipal de Zamora”.

Por su parte, el criterio institucional del Consejo Nacional de Gobiernos Parroquiales Rurales del Ecuador, cita como fundamentos jurídicos los artículos 261, 267, numeral 2 de la Constitución de la República, 65, letra b) y 417 del COOTAD y manifiesta:

“De las normas transcritas, se puede colegir con claridad que, según la definición del COOTAD, **las escuelas fiscales**, no se hallan catalogadas como espacios de uso público que pudieran ser susceptibles del ejercicio de la competencia asignada a los Gobiernos Parroquiales Rurales en el Art. 267, numeral 2 de la Constitución en concordancia con el Art. 65, literal b) del COOTAD; toda vez que, al establecerse los diferentes niveles de gobierno, también se les asignaron competencias exclusivas para cada uno de ellos, (...) y, esta facultad puede ser ejercitada además, en forma complementaria, por los Municipios, siempre y cuando cuenten para ello con la autorización respectiva; sin que, se contemple la posibilidad de que un GAD Parroquial, pueda intervenir en dicho ámbito”.

Con base en el análisis precedente, el Director Nacional de Asesoría Jurídica del CONAGOPARE concluye lo siguiente:

“Por lo expuesto, es criterio de esta Asesoría Jurídica que, por mandato constitucional y legal, los Gobiernos Autónomos Descentralizados Parroquiales Rurales, se hallan impedidos de intervenir en la construcción o mantenimiento de la infraestructura educativa fiscal bajo el criterio de ejercicio de la competencia exclusiva de mantenimiento de espacios de uso público y, por lo mismo no pueden invertir recursos públicos de los GADPR’s”.

En el mismo sentido, el Director Nacional de Asesoría Jurídica de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, en relación a la consulta cita los artículos 1, 23, 31 y 264 de la Constitución de la República, 8 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y 145 del COOTAD y sobre dicha base concluye con el siguiente criterio institucional:

“(...) las juntas parroquiales rurales no deben presupuestar en lo atinente a escuelas o educación por no ser de su competencia, y les está vedado a los niveles de gobierno interferir entre sus competencias exclusivas y por el contrario deben evitar la superposición de funciones entre los niveles de gobierno y optimizar la inversión de sus recursos.

Alas juntas parroquiales rurales de conformidad al art. 145 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización -COOTAD- les corresponde concurrentemente y en coordinación con los gobiernos autónomos descentralizados provinciales y municipales, según corresponda, planificar, construir y mantener la infraestructura física, los equipamientos y espacios públicos de alcance parroquial, contenidos en los planes de desarrollo y acorde con sus presupuestos participativos anuales. Para lo cual podrán contar con la concurrencia y apoyo de los gobiernos autónomos descentralizados provinciales y municipales”.

Para atender su consulta, se considera como antecedente que el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador¹¹⁹, consagra el principio de legalidad en el siguiente tenor:

“Art. 226.- 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”.

El inciso segundo del artículo 238 de la Constitución de la República dispone que, constituyen gobiernos autónomos descentralizados, entre otros, las juntas parroquiales rurales y los concejos municipales; y el artículo 239 establece que: *“El régimen de gobiernos autónomos descentralizados se regirá por la ley correspondiente, que establecerá un sistema nacional de competencias de carácter obligatorio (...)”*.

El artículo 267 de la Constitución de la República determina las competencias exclusivas de los gobiernos parroquiales rurales, entre las cuales consta la siguiente: *“1. Planificar el desarrollo parroquial y su correspondiente ordenamiento territorial, en coordinación con el gobierno cantonal y provincial”*.

En materia de educación el artículo 347 de la Constitución de la República prevé que el Estado será responsable de:

¹¹⁹ “1. Fortalecer la educación pública y la coeducación; asegurar el mejoramiento permanente

de la calidad, la ampliación de la cobertura, la infraestructura física y el equipamiento necesario de las instituciones educativas públicas”.

El artículo 23 de la Constitución de la República, respecto al espacio público determina lo siguiente:

“Art. 23.- Las personas tienen derecho a acceder y participar del espacio público como ámbito de deliberación, intercambio cultural, cohesión social y promoción de la igualdad en la diversidad. El derecho a difundir en el espacio público las propias expresiones culturales se ejercerá sin más limitaciones que las que establezca la ley, con sujeción a los principios constitucionales”.

Con relación a la competencia en materia de espacio público, el artículo 145 del COOTAD establece que:

“Art. 145.- Ejercicio de la competencia de infraestructura física, equipamientos y espacios públicos de la parroquia rural.- A los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales rurales les corresponde, concurrentemente y en coordinación con los gobiernos autónomos descentralizados provinciales y municipales, según corresponda, planificar, construir y mantener la infraestructura física, los equipamientos y espacios públicos de alcance parroquial, contenidos en los planes de desarrollo y acorde con sus presupuestos participativos anuales. Para lo cual podrán contar con la concurrencia y apoyo de los gobiernos autónomos descentralizados provinciales y municipales”.

Concordante con lo manifestado, el artículo 4, numeral 7 de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo¹²⁰ define al espacio público:

“7. Espacio Público. Son espacios de la ciudad donde todas las personas tienen derecho a estar y circular libremente, diseñados y construidos con fines y usos sociales recreacionales o de descanso, en los que ocurren actividades colectivas materiales o simbólicas de intercambio y diálogo entre los miembros de la comunidad”.

Por su parte, el artículo 114 del COOTAD¹²¹, define las competencias exclusivas de los GAD's, en los siguientes términos:

“Art. 114.- Competencias exclusivas.- Son 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.”

Es decir que según el artículo 114 del COOTAD, a cada nivel de gobierno autónomo descentralizado, corresponde ejercer sus competencias exclusivas de acuerdo con la garantía de autonomía

120 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 790 de 5 de julio de 2016.

121 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010.

consagrada en el artículo 6 del mismo código.

Las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales rurales, constan en el artículo 65 del COOTAD que establece:

“Art. 65.- Competencias exclusivas del gobierno autónomo descentralizado parroquial rural.- Los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales rurales ejercerán las siguientes 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 respeto a la diversidad;
- b) Planificar, construir y mantener la infraestructura física, los equipamientos y los espacios públicos de la parroquia, contenidos en los planes de desarrollo e incluidos en los presupuestos participativos anuales;
- c) Planificar y mantener, en coordinación con los gobiernos provinciales, la vialidad parroquial rural;
- d) Incentivar el desarrollo de actividades productivas comunitarias la preservación de la biodiversidad y la protección del ambiente;
- e) Gestionar, coordinar y administrar los servicios públicos que le sean delegados o descentralizados por otros niveles de gobierno;
- f) Promover la organización de los ciudadanos de las comunas, recintos y demás asentamientos rurales con el carácter de organizaciones territoriales de base;
- g) Gestionar la cooperación internacional para el cumplimiento de sus competencias; y,
- h) Vigilar la ejecución de obras y la calidad de los servicios públicos”.

De la norma citada se observa que, entre las competencias exclusivas del gobierno autónomo descentralizado parroquial rural, no se encuentra ninguna que haga referencia al mantenimiento o construcción y equipamiento de infraestructura física en el área de educación.

Mientras que, en materia de infraestructura en educación, la letra g) del artículo 55 del COOTAD, reformado por el artículo único de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización¹²², confiere a los gobiernos autónomos descentralizados municipales competencia exclusiva para:

“g) Planificar, construir y mantener la infraestructura física y los equipamientos de los espacios públicos destinados al desarrollo social, cultural y deportivo, de acuerdo con la ley. Previa autorización del ente rector de la política pública, a través de convenio, los gobiernos autónomos descentralizados municipales podrán construir y mantener infraestructura física y los equipamientos de salud y educación, en su jurisdicción territorial”.

En concordancia, el artículo 138 del COOTAD reformado también por el artículo único de la citada Ley Orgánica Reformatoria prevé:

“Art. 138.- Ejercicio de las competencias de infraestructura y equipamientos físicos de salud y educación.- Los gobiernos autónomos descentralizados municipales y metropolitanos, podrán construir y mantener la infraestructura y los equipamientos físicos de salud y educación, para lo cual deberán contar con la autorización previa del ente rector a través de convenio, y sujetarse a las regulaciones y procedimientos nacionales emitidos para el efecto. Cada nivel de gobierno será responsable del mantenimiento y equipamiento de lo que administre”.

Así también, las competencias de los gobiernos autónomos municipales relacionadas con los centros educativos, están previstas en 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:

(...)

b. Dar mantenimiento y protección de las instalaciones patrimoniales utilizadas para el funcionamiento de los centros educativos;

(...)

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 (...).”.

De su parte, el artículo 53 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural clasifica a las instituciones educativas en públicas, municipales, fiscomisionales y particulares y en su inciso final establece:

“(...) Las instituciones educativas cumplen una función social, son espacios articulados a sus respectivas comunidades y, tanto las públicas como las privadas y fiscomisionales, se articulan entre sí como parte del Sistema Nacional de Educación, debiendo cumplir los fines, principios y disposiciones de la presente Ley. Los centros educativos, incluidos los privados si así lo deciden, son espacios públicos”.

Con relación al uso de las instalaciones de las instituciones educativas públicas, el artículo 54 ibídem dispone:

“(…) La comunidad tiene derecho a la utilización responsable de las instalaciones y servicios de las instituciones educativas públicas para actividades culturales, artísticas, deportivas, de recreación y esparcimiento que promuevan el desarrollo comunitario y su acceso, organización y funcionamiento será normado en el Reglamento respectivo. (…)”.

De las normas citadas se desprende que, de conformidad con los artículos 53 y 54 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, las instalaciones de los centros educativos públicos, fiscales o municipales, cumplen una función social y pueden ser usadas por la comunidad en forma responsable, para actividades culturales, artísticas, deportivas, de recreación y esparcimiento que promuevan el desarrollo comunitario, siendo necesario al efecto autorización del ente rector, a través de convenio según la letra g) de los artículos 55 y 138 del COOTAD.

La Autoridad Educativa Nacional corresponde a la Función Ejecutiva y la ejerce el Ministerio de Educación, según el artículo 21 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural¹²³.

Sobre el convenio al que se refieren los artículos 55, letra g) y 138 del COOTAD, que pueden celebrar las municipalidades con el ente rector en materia de educación, para autorizar el uso por la comunidad de las instalaciones de los establecimientos públicos de educación, para actividades de carácter cultural, artístico, deportivo, o de recreación, la Disposición General Quinta del Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Intercultural¹²⁴, establece:

“QUINTA.- Para facilitar el uso de las instalaciones de los establecimientos educativos públicos por parte de la comunidad para el desarrollo de actividades deportivas, artísticas, culturales, de recreación y esparcimiento, el Ministerio de Educación podrá celebrar convenios con otras entidades, las cuales serán corresponsables de los bienes de los establecimientos educativos y de los costos del uso, mantenimiento, limpieza y guardianía, de conformidad con la normativa que para el efecto expida el Nivel Central de la Autoridad Educativa Nacional”.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, si bien las instalaciones de los establecimientos públicos de educación, podrían ser objeto de uso por la comunidad, si así lo autoriza el ente rector, del tenor de los artículos 55, letra g) y 138 del COOTAD y 36, letras b), f) y g) de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, se aprecia que, el mantenimiento de la infraestructura y equipamiento físicos de educación, es competencia de los gobiernos autónomos descentralizados municipales y metropolitanos, y se trata de competencia exclusiva según el artículo 114 del COOTAD.

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

MULTAS CONTRATOS COMPLEMENTARIOS: CONTRATACIÓN PÚBLICA

Oficio PGE No. 01830 de 03-12-2018

123 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 417 de 31 de marzo de 2011.

124 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 754 de 26 de julio de 2012.

CONSULTANTE: GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN GUAYAQUIL

CONSULTA:

“¿Los incumplimientos que correspondan a obligaciones propias de un contrato complementario deben multarse en función del monto total del contrato complementario; o del monto total del contrato principal y el del complementario, de acuerdo con el siguiente texto del artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública anterior a su reforma establecida por la Ley Orgánica para la Reactivación de la Económica (sic), Fortalecimiento de la Dolarización y Modernización de la Gestión Financiera del Ecuador: ‘Las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán en relación directa con el monto total del contrato y por cada día de retraso?’”.

BASE LEGAL:

Constitución de la República: Arts. 76 núms. 1 y 6, 82 y 226

Código Civil: Art. 1458.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: Arts. 4, 5, 9 núm. 2, 60, 71 y 85

Pronunciamiento del Procurador General del Estado, Oficios Nos. 10205 y 10229 de 17 y 18 de abril de 2017; Oficio No. 16251 de 31 de agosto 2010.

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

A fin de contar con mayores elementos de análisis, en forma previa a atender su consulta, mediante oficio No. 00985 de 5 de octubre de 2018, este organismo solicitó el criterio jurídico institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), requerimiento que ha sido atendido con oficio No. SERCOP-SERCOP-2018-1100-OF de 26 de octubre de 2018, suscrito por la Directora General de esa entidad, ingresado a este organismo el 30 de los mismos mes y año.

El criterio jurídico que se ha remitido adjunto a la consulta, contenido en el oficio No. DAJ-CON-2018-13659 de 25 de septiembre de 2018, suscrito por el Subprocurador Síndico Municipal de Contratación Pública de la entidad consultante por delegación del Procurador Síndico Municipal, invoca como fundamentos jurídicos los artículos 1458 del Código Civil y 71 de la Ley Orgánica

del Sistema Nacional de Contratación Pública, así como también, cita pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado, contenidos en oficios Nos. 10205 y 10229 de 17 y 18 de abril de 2017 respectivamente; Nos. 01639 y 03348 de 4 de mayo y 23 de agosto de 2011. Sobre dicha base normativa manifiesta y concluye con el siguiente criterio institucional:

“a) El artículo 1458 del Código Civil determina que *‘El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella’*; conceptos que en el ámbito de la contratación pública han fundamentado diversos pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado¹²⁵ para determinar el carácter *accesorio* de los contratos complementarios (...).

b) Dicho carácter *accesorio* del contrato complementario se fundamenta en la medida que su finalidad está orientada a *ampliar, modificar o complementar* un contrato principal; (...) a asegurar el satisfactorio resultado de tal obligación principal (...) constituyendo el cumplimiento de las prestaciones pactadas en ambos instrumentos la *integralidad* del objeto de la contratación.

c) La referida accesoriedad conlleva además diversas manifestaciones derivadas del nexo entre ambos tipos de contratos como el régimen jurídico aplicable a los contratos complementarios, respecto del cual en pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado¹²⁶ se ha concluido que la normativa vigente a la época de la suscripción del contrato principal, es la aplicable a su contrato complementario (Y por ende al régimen jurídico de las multas).

d) Independientemente de la vinculación necesaria y *accesoria* entre el contrato complementario y su contrato principal, el primero representa un instrumento que contiene su propia *cuantía, plazo y obligaciones* en las pertinentes cláusulas que los desarrollan, razón por la cual **atendiendo además a los principios de racionalidad y proporcionalidad, las multas que correspondan a obligaciones propias de un contrato complementario deben calcularse en función del monto total de dicho contrato complementario, considerando el siguiente texto sustituido del artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: ‘Las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán en relación directa con el monto total del contrato por cada día de retraso’**”. (Lo resaltado me corresponde)

De su parte, el informe jurídico del Servicio Nacional de Contratación Pública, invoca los artículos 11 numeral 2, 66 numeral 4, 82, 226, 227, 288 y 424 de la Constitución de la República del Ecuador; 4, 5, 9 numerales 1 y 2, 10, 71 y 85 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; 125 del Código Orgánico Administrativo y 5, 6, 7, 1454, 1458, 1552, 1561 y 1562 del Código Civil, con fundamentos en los que concluye con el criterio que sigue:

125 La cita menciona los oficios Nos. 10229 de 18 de abril de 2017 y 10205 de 17 de abril del 2017.

126 La cita menciona los oficios Nos. 01639 del 04 de mayo de 2011 y 03348 del 23 de agosto del 2011.

“En el caso particular que nos corresponde, el Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Guayaquil, señala en su parte pertinente que dentro de las actividades inherentes en las que se desarrolla y en su calidad de entidad contratante, dentro de los procedimientos de contratación deberá contemplar como una cláusula obligatoria el establecimiento de multas, sin embargo ha de considerar que la misma ha de calcularse con base a lo establecido en el artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, observando las particularidades del caso, es decir si el contrato principal se suscribió con anterioridad a la reforma establecida por la Ley Orgánica para la Reactivación de la Economía, Fortalecimiento de la Dolarización y Modernización de la Gestión Financiera, **deberá de calcularse las multas con relación al monto total del contrato.** (Lo resaltado me corresponde)

Y en caso de haberse efectuado el procedimiento de contratación con posterioridad a la reforma del artículo 71 de la LOSNCP, de 29 de diciembre de 2017, la entidad contratante a través del administrador del contrato deberá calcular las multas sobre el porcentaje de las obligaciones que se encuentran pendientes de ejecutarse conforme lo establecido en el contrato”.

La consulta realizada versa sobre el artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su aplicación respecto a las multas de los contratos complementarios cuyo contrato principal se celebró antes de la reforma establecida por la Ley Orgánica para la Reactivación de la Economía, Fortalecimiento de la Dolarización y Modernización de la Gestión Financiera¹²⁷, cuyo tenor era el que sigue:

“Artículo 71.- Cláusulas Obligatorias.- En los contratos sometidos a esta Ley se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas, así como una relacionada con el plazo en que la entidad deberá proceder al pago del anticipo, en caso de haberlo; el que no podrá exceder del término de treinta (30) días.

Las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán en relación directa con el monto total del contrato y por cada día de retraso.

Las multas impuestas al contratista pueden ser impugnadas en sede administrativa, a través de los respectivos recursos, o en sede judicial o arbitral”. (Lo resaltado me corresponde)

Para atender su consulta es pertinente considerar como antecedente el principio de legalidad que debe regir la actuación de la administración pública, constante en el artículo 226 de la Constitución de la República¹²⁸, que prescribe lo siguiente:

“Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán

127 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 150 de 29 de diciembre de 2017.

128 Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

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 el mismo sentido, es preciso advertir que entre las garantías del debido proceso previstas por la Constitución constan la obligación de las autoridades administrativas y judiciales de asegurar la aplicación y cumplimiento de las normas y los derechos de las partes, además de observar la proporcionalidad entre las infracciones y sanciones, tal como consta en los numerales 1 y 6 del artículo 76, que expresan:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. (...)

(...) 6. La ley establecerá la debida **proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones** penales, **administrativas** o de otra naturaleza”. (Lo resaltado me corresponde)

Por su parte, respecto a la seguridad jurídica el artículo 82 de la Constitución determina que “*El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes*”.

Ahora bien, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública¹²⁹ (en adelante LOSNCP), cuyo ámbito y objeto, determinan principios y normas para regular los procedimientos de contratación que realicen las entidades del Estado¹³⁰, tiene también como propósito, articular en un solo sistema todo lo relacionado con la ejecución de contratos administrativos cuyo objeto sea la ejecución de obras, la adquisición o arrendamiento de bienes y la prestación de servicios que se realicen con recursos públicos.

Para tal propósito, la LOSNCP establece los principios que rigen su aplicación y la de los contratos por ella regulados. El artículo 4 de este cuerpo normativo expresa:

“Art. 4.- Principios.- Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional”.

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

130 El Art. 1 de la LOSNC, establece: “Objeto y Ámbito.- Esta Ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen: 1. Los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado (...) 4. Las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo”.

Además, el artículo 5 de la LOSNCP prescribe que los procedimientos y contratos regidos por ésta, serán interpretados y ejecutados conforme los principios anotados, en los siguientes términos:

“Art. 5.- Interpretación.- Los procedimientos y los contratos sometidos a esta Ley se interpretarán y ejecutarán conforme los principios referidos en el artículo anterior y tomando en cuenta la necesidad de precautelar los intereses públicos y **la debida ejecución del contrato**”. (Lo resaltado me corresponde)

Así también, entre los objetivos prioritarios del Estado en materia de contratación pública, el numeral 2 del artículo 9 de la LOSNCP prescribe:

“Art. 9.- Objetivos del Sistema.- Son objetivos prioritarios del Estado, en materia de contratación pública, los siguientes:

(...) 2. **Garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales**”. (Lo resaltado me corresponde)

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su Título IV denominado “De los Contratos”, norma de modo general todo lo pertinente al contrato administrativo, entendido como el acuerdo bilateral de voluntades en la esfera pública¹³¹. Es imprescindible enfatizar que los once capítulos¹³² del Título IV de la ley ibídem, prevén los aspectos generales que se relacionan con todos los contratos administrativos¹³³, entre ellos, la materia sobre la que trata la consulta regulada por el artículo 71, capítulo II del Título IV de la LOSNCP, denominado “De los requisitos y forma de los contratos”, según el cual, en cuanto a las cláusulas obligatorias que deben observarse para los todos los contratos sometidos a la LOSNCP, consta aquella vinculada a las multas.

Ahora bien, el artículo 71 de la LOSNCP, cuyo texto antes de la reforma¹³⁴ fue transcrito en los antecedentes, dispone que en los contratos sometidos a esa Ley, se estipulará obligatoriamente una cláusula de multas. Así mismo, el inciso segundo del citado artículo señalaba que las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se

131 DROMI Roberto / Derecho Administrativo / Contrato administrativo es toda declaración bilateral, o de voluntad común, productora de efectos jurídicos, entre dos o más personas de las cuales al menos una está en ejercicio de funciones administrativas.”

132 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008 / Capítulo I De las Capacidades, Inhabilidades o Nulidades; Capítulo II De los Requisitos y Forma de los Contratos; Capítulo III De las Garantías; Capítulo IV De la Cesión y Subcontratación; Capítulo V De la Administración del Contrato; Capítulo VI De las Recepciones y la Liquidación; Capítulo VII Del Reajuste de Precios; Capítulo VIII De los Contratos Complementarios; Capítulo IX De la Terminación de los Contratos; Capítulo X Del Registro de los Contratos y los Proveedores; Capítulo XI Responsabilidades.

133 LOSNCP / Art. 60.- Carácter de los Contratos.- Los contratos a los que se refiere esta Ley celebrados por las Entidades Contratantes, son contratos administrativos

134 Ley Orgánica para la Reactivación de la Economía, Fortalecimiento de la Dolarización y Modernización de la Gestión Financiera, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 150 de 29 de diciembre del 2017 / **Art. 71.- Cláusulas Obligatorias.-** En los contratos sometidos a esta Ley se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas, así como una relacionada con el plazo en que la entidad deberá proceder al pago del anticipo, en caso de haberlo; el que no podrá exceder del término de treinta (30) días. Las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, **las que se determinarán por cada día de retardo; las multas se calcularán sobre el porcentaje de las obligaciones que se encuentran pendientes de ejecutarse conforme lo establecido en el contrato.** En todos los casos, las multas serán impuestas por el administrador del contrato, y el fiscalizador, si lo hubiere, el o los cuales establecerán el incumplimiento, fechas y montos. Las multas impuestas al contratista pueden ser impugnadas en sede administrativa, a través de los respectivos recursos, o en sede judicial o arbitral. (Lo resaltado me corresponde)

determinarán en relación directa con el monto total del contrato y por cada día de retraso.

Nótese que, del tenor literal de la antedicha norma, la cláusula de multas es obligatoria en todos los contratos para el caso de incumplimiento o retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales. Y en lo que respecta al segundo inciso del citado artículo 71 de la LOSNCP, éste ordenaba que la aplicación de las multas por los retardos o incumplimientos de obligaciones provenientes de los contratos, sea en función del monto total del contrato, sin que se desprenda que esta norma contemple una diferencia entre un contrato principal o un contrato complementario. En tal sentido, a este respecto resulta aplicable el principio general de interpretación jurídica según el cual, donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete¹³⁵.

De su parte, dentro del Título IV de la LOSNCP, en el Capítulo VIII denominado “De los Contratos Complementarios”, consta el artículo 85 que prescribe:

“Art. 85.- Obras y Servicios Complementarios.- En el caso de que fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado por causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas con su ejecución, el Estado o la Entidad Contratante podrá celebrar con el mismo contratista, sin licitación o concurso, contratos complementarios que requiera la atención de las modificaciones antedichas, siempre que se mantengan los precios de los rubros del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del respectivo contrato complementario”.

Se tiene portanto, que la naturaleza de una contratación complementaria reside en su excepcionalidad, toda vez que su realización se aparta de la obligación general que tienen las instituciones del Estado de convocar procesos de selección para contratar proveedores de servicios u obras necesarias para el cumplimiento de sus funciones, por lo que la contratación complementaria permite que la entidad pública satisfaga directamente la necesidad de ampliar, modificar o complementar una obra o servicio para permitir el cumplimiento del objeto del contrato principal, de tal manera que en ese sentido, un contrato complementario no puede existir por sí solo, sino que su existencia está ligada necesariamente al contrato principal.

Con relación al tema, la Procuraduría General del Estado en pronunciamientos contenidos en los oficios Nos. 10205 y 10229 de 17 y 18 de abril de 2017, respectivamente, emitidos antes de la reforma del segundo inciso del artículo 71 de la LOSNCP, señaló:

“En lo que respecta a los contratos complementarios es procedente observar que éstos se originan y subsisten para permitir el cumplimiento del objeto del contrato principal; y por lo tanto, les es aplicable la definición de contratos accesorios prevista en el artículo 1458 del Código Civil, cuyo tenor es el siguiente:

‘Art. 1458.- El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella’.

Al respecto el tratadista Guillermo Borda¹³⁶ manifiesta que:

“Se llaman contratos principales los que existen o pueden existir por sí solos; contratos accesorios son aquellos cuya existencia no se puede concebir sin el principal, de tal modo que si éste fuera nulo o quedara rescindido o resuelto, también quedaría privado de sus efectos el accesorio”.

Así entonces, el contrato complementario –que no puede existir por sí sólo ya que está evidentemente enlazado al contrato principal- es una alternativa a la que la contratante puede recurrir para arribar a un nuevo acuerdo de voluntades con la contratista, ante la existencia de la razón imprevista o técnica que justifica su celebración, con el fin lograr el cumplimiento del objeto del contrato principal.

Por otro lado, no se puede dejar de mencionar que el contrato complementario goza de elementos y características propias a todos los contratos, como son partida presupuestaria¹³⁷, plazo¹³⁸, monto¹³⁹, garantías¹⁴⁰, obligaciones específicas para las partes, entre ellas el cronograma valorado para la ejecución de las prestaciones y obras específicas del contrato complementarios, etcétera.

Conforme lo dispuesto en el artículo 71 de la LOSNCP antes de su reforma, el contrato complementario -al igual que el contrato principal- debe contar con una cláusula de multas¹⁴¹, las que serán impuestas por la Administración una vez que ha operado un retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, que se determina en relación directa con el monto total del contrato.

Ahora bien, respecto a la actuación de la Administración en torno a la imposición de multas, la jurisprudencia de Casación¹⁴² de la Corte Nacional de Justicia, a través de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, señala:

“(…) En el caso de estudio, el Servicio de Rentas Internas si bien se encontraba facultado

136 La cita menciona el Tratado de Derecho Civil, Obligaciones II, Quinta Edición, Editorial Perro, Buenos Aires, 1983, Pág. 151.

137 Contrato Complementario – Modificadorio DGER No. 2013051 / Cláusula 1.3.- Se cuenta con la existencia y suficiente disponibilidad de fondos en la partida presupuestaria (...) (A manera de ejemplo, se ha observado en el contrato complementario antedicho, firmado entre una EP y su contratista)

138 Contrato Complementario – Modificadorio DGER No. 2013051 / Cláusula 3) (...) El plazo de ejecución del contrato principal es de (20) meses, y nueve (9) meses adicionales por la implementación (...)

139 Contrato Complementario – Modificadorio DGER No. 2013051 / Cláusula 2) (...) La implementación del módulo descrito en el numeral 1; asciende a la cantidad de (...) conforme a las tarifas contenidas en la oferta, y se mantendrá la forma de pago estipulada en el contrato principal (...)

140 Contrato Complementario – Modificadorio DGER No. 2013051 / Garantía / La CONTRATISTA deberá presentar una garantía de fiel cumplimiento, por el monto equivalente al 5% **del valor del presente contrato complementario**

141 Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) / Oficio No. SERCOP-SERCOP-2018-1100-OF de 26 de octubre de 2018 / Conforme al análisis descrito en los párrafos precedentes, y en virtud de las reglas de interpretación de los contratos administrativos, previstas en los artículos 4, 5 y 9, número 2 de la LOSNCP, artículo 112 del RGLOSNC, para la aplicación de la disposición prevista en el artículo 71 de la LOSNCP, y con referente (sic) a la **cláusula obligatoria de las multas, ésta se encuentra prevista en todo contrato celebrado** en cumplimiento y observancia de las disposición legales determinadas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación, su Reglamento General y la normativa conexas emitida para el efecto. (Lo resaltado me corresponde).

142 Gaceta Judicial No.13, Serie 18 publicada el 16 de abril de 2014

a sancionar al señor Germánico Horacio González Abad por no presentar su declaración patrimonial dentro de los plazos establecidos legalmente en los parámetros que bien lo indica el artículo innumerado a continuación del art. 351 del Código Tributario con una multa que va en rango de treinta a mil dólares de los Estados Unidos de América; esta Sala considera que la Administración Tributaria en la resolución impugnada no menciona los razonamientos lógicos ni jurídicos por los cuales impone una sanción de USD. 1.000,00 al actor; más simplemente se limita a indicar que **“es esa voluntad del legislador expresada a través de la Ley, la que le faculta a la Administración Tributaria a establecer de manera discrecional el monto de la sanción...”**; 6.2.3. Con lo dicho, **se concluye que la resolución emitida por la Administración Tributaria al no establecer un criterio de proporcionalidad entre la sanción impuesta y la infracción cometida, adolece de falta de motivación** contraviniendo así lo establecido en el literal 1) del numeral 7 del art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador como bien lo ha evidenciado la sentencia emitida por el Tribunal A quo (...)”¹⁴³. (Lo resaltado me corresponde).

En similar línea jurisprudencial, la Corte Constitucional ha expresado que:

“(...) la Sala, analizando el procedimiento en virtud del cual debía ser fijada la multa al accionante, establece que esta no es proporcional, ya que se lo multó tomando en cuenta la totalidad del avalúo del inmueble lo cual no correspondía conforme lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y vulnerando, por tanto, el derecho constitucional al debido proceso en la garantía de la proporcionalidad (...)

(...) el juez sostiene: ‘Es evidente que el ahora accionante ha sido privado del derecho a la seguridad jurídica, al resolver la multa exorbitante ya referida (...) ya que se multa tomando en cuenta la totalidad del avalúo del inmueble, cuando la norma lo que sanciona es la venta o promesa de venta del respectivo terreno, esto es del o los que fueron objeto del contrato, individualmente considerados, precisamente para guardar la debida proporcionalidad, entre infracción y sanción, que protege y garantiza la Constitución, comprar parte de las reglas del debido proceso, en su Art. 76, número 6 (...)’, norma que determina que la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

(...) En virtud del análisis precedente, la Corte Constitucional evidencia que el juez verificó la vulneración de derechos constitucionales en el acto administrativo, a partir de lo cual **concluyó que se vulneró el derecho a la seguridad jurídica así como el derecho al debido proceso en la garantía de la proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones**¹⁴⁴. (Lo resaltado me corresponde)

De conformidad con el pronunciamiento contenido en oficio No. 16251 de 31 de agosto de 2010, la Procuraduría General del Estado ha analizado que las multas son sanciones pecuniarias cuyo propósito es que el contratista corrija su conducta y que la facultad de la administración para imponer multas al contratista es una conjunción de potestades regladas y discrecionales:

143 Jurisprudencia de Casación de la Gaceta Judicial No.13, Serie 18 publicada el 16 de abril de 2014.

144 Corte Constitucional del Ecuador / SENTENCIA No. 099-16-SEP-CC / CASO No. 1624-11-EP de 30 de marzo de 2016.

“La imposición de sanciones, y entre ellas las de carácter pecuniarios como son las multas (...) expresa una combinación de potestades regladas y discrecionales que el ordenamiento jurídico confiere a la Administración (...) por un lado la imposición de sanciones solo procede en los casos previstos en la norma (potestad reglada), atendiendo además al principio de reserva de ley establecido en el numeral 2 del artículo 132 de la vigente Constitución de la República que dispone que se requiere de ley para tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes, así como con sujeción al procedimiento previo que corresponda; por otro lado, la entidad contratante queda habilitada por la norma para calificar la oportunidad de la medida, esto es su conveniencia para el interés público específico (potestad discrecional). **La aplicación de sanciones en materia contractual en definitiva, debe realizarse dentro de la legalidad y de la razonabilidad**

En el caso de las multas, que son sanciones pecuniarias, **su propósito es que el contratista corrija su conducta**, para no seguir recibiendo la sanción inmediata al retardo en el cumplimiento de sus obligaciones parciales. Sirve también como **advertencia al Contratante de que los cronogramas y plazos establecidos contractualmente no se concretan** en la realidad y que **debe preparar alternativas para el evento en que el contratista persista en sus retardos**”. (Lo subrayado me corresponde)

De la normativa transcrita, la jurisprudencia y el análisis que antecede, se aprecia que éstos coinciden en que las multas se aplican cuando se verifica un incumplimiento o retardo en la ejecución de las obligaciones propias de un contrato, sea este principal o complementario, por tanto se deben calcular en función del monto total del contrato específico cuya obligación se ha incumplido o se ha cumplido tardíamente.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que, conforme lo señalado en el segundo inciso del artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, antes de su reforma, los retardos o incumplimientos que correspondan a obligaciones propias de un contrato complementario, deben multarse en función de su monto total y por cada día de retraso.

Este pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas; por lo tanto, es de responsabilidad exclusiva de los personeros de la entidad pública su aplicación a casos particulares.

MULTAS EN COMPRAS POR CATÁLOGO ELECTRÓNICO: CONTRATACIÓN PÚBLICA

Oficio PGE No. 01379 de 07-11-2018

CONSULTANTE: UNIVERSIDAD DE LAS FUERZAS ARMADAS (ESPE)

CONSULTA:

“¿En la liquidación de las compras por catálogo, la contabilización de las multas debe realizarse

en días plazo conforme lo dispone el segundo inciso del Art. 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública LOSNCP, o en días término conforme la determinación del plazo de la respectiva orden de compra?”.

BASE LEGAL:

Constitución de la República del Ecuador: Art. 82, 226 y 288.

Código Orgánico Administrativo: Arts. 159 y 160.

Código Orgánico General de Procesos: Art. 73.

Código Civil: Art. 35.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: Arts. 4, 6 núm. 3 y 9, 9 núm. 2, 10, 43, 44, 45, 69 y 71.

Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: Art. 116.

Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072: Arts. 170 núm. 1, 2 núm. 1 y 20.

Resolución No. RE-SERCOP-2015-000024: Art. 2 núm. 2.4. (Derogada)

Codificación y Actualización de las Resoluciones del SERCOP: Arts. 188 y 189

Pronunciamiento del Procurador General del Estado: Oficio No. 16251 de 31 agosto 2010

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

A fin de contar con mayores elementos de análisis, en forma previa a atender su consulta, mediante oficio No. 00329 de 24 de agosto de 2018 e insistencia constante en oficio No. 00639 de 14 de septiembre del mismo año, este organismo requirió el criterio jurídico institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), lo cual fue atendido a través de oficio No. SERCOP-SERCOP-2018-1064-OF de 21 de septiembre de 2018, suscrito por el Director General Subrogante,

e ingresado a la Procuraduría General del Estado en la misma fecha.

En el informe jurídico que se ha remitido adjunto a la consulta, contenido en documento sin número de 16 de agosto de 2018, suscrito por el Coordinador de Asesoría Jurídica Subrogante de la entidad consultante, se invocan como fundamentos los artículos 45, 69 y 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 116 de su Reglamento General; sobre dicha base normativa, el informe manifiesta y concluye con el siguiente criterio institucional:

“(…) En algunas adquisiciones por catálogo electrónico, el plazo de entrega que se establece en la orden de compra y según el respectivo el (sic) convenio marco, se refiere a días término, aunque las multas se establecen *‘por cada día de retraso sobre el valor de la respectiva orden de compra’*, es decir que la multa se aplica todos los días, a partir de que el contratista haya incurrido en retraso de la entrega del objeto de la adquisición, acorde con lo señalado en los Art. 71 de la LOSNCP y Art. 116 del Reglamento General de la LOSNCP, aunque el plazo establecido en la Orden de Compra de la adquisición sea en días término.

Conforme lo dispuesto en el Art. 71 de la LOSNCP y Art. 116 del Reglamento General de la LOSNCP, en las compras por Catálogo Electrónico, el plazo de las multas debe contarse todos los días, aunque el plazo establecido para la entrega del bien, en la orden de compra y en el convenio marco, sea en días término”.

De su parte, el informe jurídico del Director General Subrogante del Servicio Nacional de Contratación Pública cita los artículos 226, 424 y 425 de la Constitución de la República; 4, 5, 6, 43, 44, 60, 69, 70 y 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; 112, 116 y 121 de su Reglamento General; 7 del Código Civil y 2, numeral 2.4 de la Resolución Externa No. RE-SERCOP-2015-000024 de 28 de enero de 2015. Con tales fundamentos normativos manifiesta y concluye lo siguiente:

“Por consiguiente, las multas constituyen un mecanismo a través del cual la entidad contratante apremia al contratista a que se allane al cumplimiento de sus obligaciones contractuales; su determinación se realizará en virtud de lo previsto en el artículo 71 de la LOSNCP, esto es que serán impuestas por cada día de retardo en el cumplimiento y sobre el porcentaje de las obligaciones que se encuentran pendientes de ejecución, debiendo tomarse en cuenta que para la contabilización de estas sanciones pecuniarias **aplican todos los días** incluyendo los días sábados, domingos y los declarados feriados, conforme el artículo 116 del RGLOSNCP”.

(…)

4.- ABSOLUCIÓN DE CONSULTA:

Por lo expuesto y en atención a los términos de su consulta, para la contabilización de las multas aplican todos los días incluyendo los días sábados, domingos y los declarados feriados,

de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con el artículo 116 de su Reglamento General y las cláusulas estipuladas en el Convenio Marco, entendiéndose que éste último debe incorporar las disposiciones legales vigentes a la fecha de su suscripción, de conformidad con lo establecido en el artículo 7, número 18 de la Codificación del Código Civil”.

La Constitución de la República del Ecuador¹⁴⁵ en su artículo 82 consagra el derecho a la seguridad jurídica en los siguientes términos:

“Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

Dicha norma constitucional establece como fundamentos de la seguridad jurídica el respeto a la Constitución y la existencia de normas jurídicas previas, claras y públicas. De igual forma, es pertinente considerar como antecedente el principio de legalidad que debe regir la actuación de la administración pública, constante en el artículo 226 de la Constitución de la República, que prescribe lo siguiente:

“Art. 226.- 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”.

Respecto a la contratación pública, la Constitución en su artículo 288 determina:

“Art. 288.- Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas”.

En concordancia con las referidas normas constitucionales, el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública¹⁴⁶ (en adelante LOSNCP), señala a la legalidad como uno de los principios que rigen la contratación pública.

Así también, el numeral 2 del artículo 9 de la LOSNCP, establece entre los objetivos prioritarios del Estado en materia de contratación pública, el de garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales.

145 Constitución de la República del Ecuador, Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

146 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008.

Por otro lado, entre los procedimientos de contratación contemplados en la LOSNCP consta el de compras por catálogo, que el numeral 3 del artículo 6 de esa ley define como el: “*Registro de bienes y servicios normalizados publicados en el portal www.compraspublicas.gov.ec para su contratación directa como resultante de la aplicación de convenios marco*”.

La rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública corresponde al Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 10 de la LOSNCP, que incluye entre sus atribuciones, las siguientes:

“(…) 7. Establecer y administrar catálogos de bienes y servicios normalizados;

8. Expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública, para lo cual podrá contar con la asesoría de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado;

9. Dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con esta Ley; (…)

En concordancia con lo manifestado, el numeral 1 del artículo 170 de la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072¹⁴⁷, que contiene la Codificación y Actualización de las Resoluciones del SERCOP, establece que esa entidad a más de ejercer la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública, está facultada para llevar a cabo el proceso de catalogación de bienes y servicios.

Al respecto, el numeral 9 del artículo 6 de la LOSNCP, define al convenio marco como:

“(…) la modalidad con la cual **el Servicio Nacional de Contratación Pública selecciona los proveedores** cuyos bienes y servicios serán ofertados en el catálogo electrónico a fin de ser adquiridos o contratados de manera directa por las Entidades Contratantes **en la forma, plazo y demás condiciones establecidas en dicho Convenio**”. (Lo resaltado me corresponde).

En el mismo sentido, los numerales 1 y 20 del artículo 2 de la citada Codificación de Resoluciones del SERCOP, que contiene definiciones, se refiere al convenio marco, previendo que:

“1.- Acuerdo de compromiso (Convenio Marco). Es el instrumento mediante el cual un proveedor se compromete con el Servicio Nacional de Contratación Pública a proveer de manera permanente y hasta su capacidad máxima de producción, un determinado bien o servicio a través del Catálogo Dinámico Inclusivo, **adhiriéndose a las especificaciones técnicas y condiciones económicas establecidas para el mismo**.”

(...)

20. Convenio Marco.- Es la modalidad con la cual **el Servicio Nacional de Contratación Pública selecciona los proveedores cuyos bienes y/o servicios serán ofertados en el Catálogo Electrónico, a fin de ser adquiridos o contratados por las entidades contratantes en la forma, plazo y demás condiciones establecidas en dicho Convenio.**

Las contrataciones por Catálogo Electrónico de bienes y servicios normalizados, que realicen las entidades contratantes se las hará de forma directa cuando el Servicio Nacional de Contratación Pública haya adjudicado a un solo proveedor un producto o servicio, luego de un procedimiento de Subasta Inversa Electrónica (...).

En el caso de que en el Catálogo Electrónico se incorporen bienes o servicios de características técnicas comparables de distintos proveedores que hayan suscrito Convenios Marco, el procedimiento de adquisición será el previsto en el Capítulo I del Título V de la presente Codificación”. (Lo resaltado me corresponde).

De las normas señaladas se observa que el Servicio Nacional de Contratación Pública, es el órgano rector del Sistema Nacional de Contratación Pública y tiene facultad para la elaboración, aprobación, suscripción y control de los convenios marco con los proveedores de bienes y servicios catalogados. De las definiciones previamente citadas se aprecia que corresponde al SERCOP seleccionar a los proveedores y establecer las condiciones del convenio marco, y que es ese instrumento el que estipula condiciones generales tales como forma y plazos, así como los compromisos y obligaciones de los proveedores.

Dichos conceptos son replicados adicionalmente en los artículos 43 y 44 de la LOSNCP, contenidos en el Capítulo II “*Procedimientos Dinámicos*”, Sección I “*Compras por Catálogo*”. En concordancia con lo manifestado, el inciso segundo del artículo 69 ibídem determina que las contrataciones que se realicen por el sistema de catálogo electrónico, se formalizarán con la orden de compra y el acta de entrega; similar disposición consta en los incisos tercero y cuarto del artículo 43 del Reglamento General de la referida ley, añadiendo que la orden de compra además genera los derechos y obligaciones correspondientes para las partes.

De igual forma, el numeral 2.4 del artículo 2 de la Resolución No. RE-SERCOP-2015-000024¹⁴⁸ emitida por el Servicio Nacional de Contratación Pública, define a la orden de compra en los siguientes términos:

“Es el acuerdo de voluntades por el cual se formaliza la adquisición de bienes o prestación de servicios normalizados a través de catálogo electrónico y mediante la cual la entidad contratante establece el precio y los bienes o servicios objeto de la contratación; y, **el proveedor seleccionado se obliga a su cumplimiento conforme el plazo, forma y condiciones previstas en el Convenio Marco**”. (Lo resaltado me corresponde).

En el mismo orden de ideas, los artículos 188 y 189 de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, determinan que en caso de incumplimiento de las obligaciones por parte del proveedor, el SERCOP previa solicitud de la entidad contratante, podrá aplicar las sanciones establecidas en el pliego y el convenio marco del procedimiento de contratación, así como en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General.

De lo expuesto se observa que el procedimiento de contratación por catálogo electrónico previsto por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se rige por las Resoluciones que para el efecto ha expedido el SERCOP como órgano rector de la contratación pública; que las obligaciones de los proveedores constan establecidas en el convenio marco; y que los incumplimientos en los que incurran los proveedores de dichos procedimientos de contratación, serán sancionados de conformidad con las disposiciones de los cuerpos normativos previamente enunciados, los cuales prevén la imposición de multas.

A partir de esta premisa, el inciso primero del artículo 71 de la LOSNCP que integra el Título IV “*De los Contratos*”, Capítulo II “*De los Requisitos y Forma de los Contratos*”, prevé la obligatoriedad de que, en todos los contratos regulados por la antedicha ley, se estipulen obligatoriamente cláusulas de multas, en caso de que se produzcan incumplimientos en su ejecución.

El inciso segundo del artículo 71 de la LOSNCP, en referencia a las multas determina lo siguiente:

“Las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán por cada día de retardo; las multas se calcularán sobre el porcentaje de las obligaciones que se encuentran pendientes de ejecutarse conforme lo establecido en el contrato”.

Concordantemente, el artículo 116 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública¹⁴⁹ (en adelante RGLOSNCP), dispone:

“Art. 116.- Cómputo del plazo de duración del contrato, prórrogas y multas.- En los plazos de vigencia de los contratos se cuentan todos los días, desde el día siguiente de su suscripción o desde el día siguiente de cumplirse las condiciones establecidas en los pliegos, en el presente Reglamento General o en el propio contrato.

Para la determinación de multas que se podrían imponer al contratista se considerará el valor total del contrato incluyendo el reajuste de precios que corresponda y sin considerar los impuestos”.

De la revisión normativa que antecede se puede determinar que en todos los contratos sujetos al

¹⁴⁹ Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 588 de 12 de mayo de 2009.

régimen de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se establecerá de forma obligatoria una cláusula en la que se determinen las multas, que se impondrán a los contratistas “*por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales*”.

Al respecto, la Procuraduría General del Estado, en pronunciamiento constante en oficio No. 16251 de 31 de agosto de 2010, analizó la naturaleza y el objetivo de las multas, señalando en su parte pertinente que:

“En el caso de las multas, que son sanciones pecuniarias, su propósito es que el contratista corrija su conducta, para no seguir recibiendo la sanción inmediata al retardo en el cumplimiento de sus obligaciones parciales. Sirve también como una advertencia al Contratante de que los cronogramas y plazos establecidos contractualmente no se concretan en la realidad y que debe preparar alternativas para el evento en que el contratista persista en sus retardos. Por ello, cuando el contratista no corrige su proceder, la entidad contratante debe analizar el grado de incumplimiento del contratista en relación con la etapa específica de ejecución del contrato, a efectos de adoptar las decisiones más convenientes para el interés público e institucional”.

Es decir que, el incumplimiento de obligaciones contractuales por el contratista o proveedor, es la causa prevista en el artículo 71 de la LOSNCP, para la imposición de multas. En el caso de los convenios marco, las condiciones establecidas en él, determinan las obligaciones específicas de los proveedores y el periodo de tiempo dentro del cual deben ser cumplidas.

Toda vez que su consulta hace referencia a la contabilización de los días para la imposición de multas por el retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales en los procedimientos por catálogo electrónico, es necesario referirnos en primera instancia a la diferencia entre plazo y término dentro de nuestra legislación.

En este orden de ideas, el tratadista ecuatoriano Juan Larrea Holguín, en su obra *Derecho Civil del Ecuador*¹⁵⁰, al referirse a los periodos de tiempo para los efectos jurídicos, hace la siguiente diferenciación entre plazo y término:

“Los periodos de tiempo pueden considerarse para los efectos jurídicos de dos maneras distintas: como tiempos continuos, es decir, sin interrupciones, o como tiempos discontinuos, o sea, cuando solamente se computan ciertos días y horas considerados hábiles para los asuntos jurídicos.

El plazo es propiamente un tiempo continuo, mientras que **se llama ‘término’ el lapso discontinuo, el de tiempo útil**. Generalmente se usa el plazo en materias civiles y aún en todas las materias sustantivas, mientras que el término se emplea sobre todo en cuestiones procesales o adjetivas (...). (Lo resaltado me corresponde).

Los artículos 159 y 160 contenidos en el Libro Segundo “*El Procedimiento Administrativo*”, Título I “*Nomas Generales*”, Capítulo Tercero “*Términos y Plazos*” del Código Orgánico Administrativo¹⁵¹ (en adelante COA), determinan:

“Art. 159.- Cómputo de términos. Se excluyen del cómputo de términos los días sábados, domingos y los declarados feriados.

Los días declarados como feriados en la jurisdicción de la persona interesada, se entenderán como tal, en la sede del órgano administrativo o viceversa.

Art. 160.- Cómputo de plazos. El plazo se lo computará de fecha a fecha.

Si en el mes de vencimiento no hay día equivalente a aquel en que comienza el cómputo, se entiende que el plazo expira el último día del mes”.

En concordancia con lo previamente manifestado, el artículo 73 del Código Orgánico General de Procesos¹⁵² (en adelante COGEP), al referirse al término dispone:

“Art. 73.- Término. Se entiende por término al tiempo que la ley o la o el juzgador determinan para la realización o práctica de cualquier diligencia o acto judicial. Los términos correrán en días hábiles (...)”.

En el mismo sentido, el artículo 35 del Código Civil¹⁵³, en referencia al plazo establece:

“Art. 35.- En los plazos que se señalaren en las leyes, o en los decretos del Presidente de la República o de los tribunales o juzgados, se comprenderán aún los días feriados; a menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así, pues, en tal caso, no se contarán los feriados”.

De la doctrina y normativa previamente citadas se puede determinar que, el plazo es un periodo de tiempo que incluye en su cómputo todos los días sin distinción alguna; mientras que el término comprende los días hábiles únicamente, excluyendo consecuentemente los días sábados, domingos y feriados; y que el término es una expresión jurídica que tiene aplicación en materia de procedimiento.

Por otra parte, es oportuno considerar que los artículos 71 de la LOSNCP y 116 de su reglamento, son normas generales y como tales se aplican a los contratos sujetos al ámbito de aplicación de esa ley; y que, el catálogo electrónico, es un procedimiento dinámico específico, en el que el SERCOP selecciona a los proveedores y celebra con ellos el convenio marco.

151 Código Orgánico Administrativo, Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017.

152 Código Orgánico General de Procesos, Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017.

153 Codificación 10 Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

En dichos convenios marco, como se indicó anteriormente, se determina la forma, plazo y demás condiciones a las que quedan comprometidos los proveedores de acuerdo a la naturaleza de los bienes y servicios ofertados en el catálogo electrónico, adhiriéndose a las especificaciones técnicas y condiciones económicas establecidas para el mismo, entre las cuales se encuentra la cláusula referente a multas.

Las cláusulas del convenio marco son de obligatorio cumplimiento para las partes intervinientes en los procesos de contratación por catálogo electrónico, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45 y 46 de la LOSNCP; y, en consecuencia, la orden de compra emitida dentro del procedimiento de contratación pública denominado compra por catálogo electrónico, debe guardar armonía con las disposiciones contenidas en el respectivo convenio marco celebrado por el SERCOP.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con el segundo inciso del artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el incumplimiento de obligaciones contractuales da lugar a la imposición de multas, que en el caso del procedimiento de compras por catálogo, debe observar lo estipulado en el respectivo convenio marco, que es el instrumento que establece las obligaciones específicas de los proveedores, según lo previsto en el numeral 2.4 del artículo 2 de la Resolución No. RE-SERCOP-2015-000024. En consecuencia, la multa se deberá calcular considerando días término o plazo, según se hubiere previsto en el respectivo convenio marco para el cumplimiento específico de obligaciones por parte de los proveedores.

Este pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas; por lo tanto, es de responsabilidad exclusiva de los personeros de la entidad pública su aplicación a casos particulares; corresponde al SERCOP disponer la publicación de sus resoluciones en el Registro Oficial, a fin de que produzcan efectos jurídicos generales, en armonía con la seguridad jurídica prevista en el artículo 82 de la Constitución de la República.

NORMA INTERPRETATIVA AL REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRACION PÚBLICA

Oficio PGE No. 00265 de 23-08-2018

CONSULTANTE: EMPRESA PÚBLICA DE AGUA

CONSULTA:

“¿El Decreto Ejecutivo 1203 de 13 de octubre de 2016, publicado en el Registro Oficial No. 876 de 8 de noviembre de 2016, es una norma interpretativa que declara el sentido del artículo 34 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública con los efectos de la norma 23 del artículo 7 del Código Civil?”

BASE LEGAL:

Constitución de la República del Ecuador: Arts. 81, 82, 147 núm. 13 y 225.

Código Civil: Arts. 3, 7, 18, 19 y 23.

Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: Art. 34.

Pronunciamiento del Procurador General del Estado: Oficio No. 13160 30 de noviembre de 2017.

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

Como antecedente cabe señalar que mediante oficios Nos. 00994 de 23 de abril de 2018 y 01342 de 17 de mayo de 2018, este Organismo solicitó e insistió a la Empresa Pública del Agua remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado por parte del Asesor Legal de esa Entidad en relación con la consulta planteada, de acuerdo con lo previsto en el segundo inciso del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Al no haber recibido atención a dicho requerimiento, con oficio No. 01662 de 11 de junio de 2018 este Organismo se abstuvo de emitir pronunciamiento y dispuso el archivo de la consulta de conformidad con el artículo 6 de la Resolución No. 17 de esta Procuraduría, sustituido por el artículo 1 de la Resolución No. 121 publicada en el Registro Oficial No. 264 de 25 de agosto de 2010.

Posteriormente, con fecha 12 de junio de 2018 esta Procuraduría recibió el oficio No. EPA-EPA-2018-00501-O de 31 de mayo de 2018 suscrito por la abogada Diana Catalina Cruz Meneses, Gerente General Subrogante de la Empresa Pública del Agua, al cual adjuntó el criterio de la Gerente de Asesoría Jurídica contenido en el memorando No. EPA-GAJ-2018-00109-M de 10 de marzo de 2018, por lo que se procedió a la reactivación del trámite de acuerdo con el artículo 7 de la citada Resolución No. 17, que dispone "(...) 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".

A fin de contar con suficientes elementos para absolver la consulta, mediante oficios Nos. 01779 de 20 de junio de 2018 y 02062 de 6 de julio de 2018 este Organismo solicitó e insistió a la Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), el criterio institucional respecto de la consulta planteada en oficio No. EPA-EPA-2018-00257-O de 17 de abril de 2018, lo cual fue atendido en oficio No. SERCOP-SERCOP-2018-0835-OF de 18 de julio de 2018, ingresado a esta Procuraduría el 19 del mismo mes y año.

En el informe jurídico de la entidad consultante, contenido en memorando No. EPA-GAJ-2018-

00109-M de 10 de marzo de 2018, la Gerente de Asesoría Jurídica de la Empresa Pública del Agua manifiesta que, dicha empresa “mantiene varios contratos de consultoría de estudios y fiscalización, que sufren la aplicación del Art. 34 del RGLOSNCP”.

En el referido informe, la Gerente de Asesoría Jurídica invoca el Decreto Ejecutivo No. 1203 de 13 de octubre de 2016 publicado en el Registro Oficial No. 876 de 8 de noviembre de 2016, específicamente el siguiente considerando: “*Que es necesario realizar las precisiones respecto a los costos indirectos requeridos para la ejecución de proyectos a través del procedimiento de contratación de consultoría, cuando el proveedor sea de origen extranjero y cuando dicho proyecto tenga un fin exclusivo; con el objeto de que se pueda atender los gastos de carácter general permanente y generales relacionados con la organización profesional, a fin de posibilitar la oferta oportuna y eficiente de sus servicios profesionales*”; y, sobre dicha base, expresa que:

“Conforme se lee en la parte expositiva del Decreto Ejecutivo 1203, su expedición se encuentra motivada en la necesidad de *‘realizar las **precisiones** respecto a los costos indirectos requeridos para la ejecución de proyectos (...)*’; por tanto, realiza una interpretación auténtica del Art. 34 del RGLOSNCP, basada en el principio de seguridad jurídica en complementariedad cooperante, en tanto precisa, aclara, despeja dudas y ambigüedades de un texto anterior cuya obscuridad o imprecisión agravia precisamente la seguridad jurídica que a su vez, resguarda la mejor realización y aplicación del derecho, pues un texto claro y transparente garantiza la realización de la justicia”.

En dicho memorando, la Gerente de Asesoría Jurídica menciona entre otras disposiciones, el artículo 3 del Código Civil que dispone: “Solo al legislador toca explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que se pronunciaren”.

Invoca adicionalmente el artículo 7 del mencionado Código que establece el principio de irretroactividad, en virtud del cual la Ley no dispone sino para lo venidero y cita las reglas 19 y 23 de esa norma que en su orden prevén que, en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observarán las siguientes reglas:

“19. Los actos o contratos válidamente celebrados según una ley, podrán probarse, bajo el imperio de otra, por los medios que aquella establecía para justificarlos; pero la forma en que debe rendirse la prueba estará sujeta a la ley vigente al tiempo en que se rindiere;

(...)

23. Las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes se entenderán incorporadas en éstas (...).”

El informe jurídico de la empresa pública consultante refiere además el artículo 18 del Código Civil, que dispone que los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por

oscuridad o falta de ley y que en tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes:

“1.- (...) Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento;

4.- El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”.

Por su parte, la Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública, expresa que:

“(...) en relación a la consulta realizada sobre si el Decreto Ejecutivo 1203, de 13 de octubre de 2016, publicado en el Registro Oficial No. 876, de 8 de noviembre de 2016, es una norma interpretativa que declara el sentido del artículo 34 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública con los efectos de la norma 23 del artículo 7 del Código Civil, se debe señalar que la misma no corresponde a una ley o norma interpretativa pues no analiza o interpreta el artículo 34 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sino por el contrario, se trata de una disposición que reforma el artículo 34 del Reglamento ibídem e incorpora al final del referido articulado una excepción para el caso de determinación de costos indirectos en consultoría realizada por personas jurídicas extranjeras, estableciendo por lo tanto condiciones de cumplimiento obligatorio diferentes a las previamente establecidas en la normativa en referencia, que rigen por lo tanto para lo venidero, es decir, a partir de su promulgación en el Registro Oficial, conforme lo dispone el artículo final del Decreto Ejecutivo 1203, de 13 de octubre de 2016”.

Agrega la Directora General del SERCOP que el principio general de irretroactividad de la ley establecido en el primer inciso del artículo 7 del Código Civil, “(...) presupone que la norma jurídica no rige sino para el futuro desde su publicación en el Registro Oficial y hasta su derogación, tácita o expresa, por otra norma de igual o mayor jerarquía, o su expulsión del ordenamiento jurídico por parte de la Corte Constitucional en razón de una declaratoria de inconstitucionalidad”.

La Directora General del SERCOP, concluye su criterio en los siguientes términos:

“(...) el Decreto Ejecutivo No. 1203, de 13 de octubre de 2016, publicado en el Registro Oficial No. 876, de 8 de noviembre de 2016, no corresponde a una ley o norma interpretativa; toda vez que la misma reforma el artículo 34 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública al incorporar una excepción para las personas jurídicas consultoras extranjeras, al determinar los costos indirectos presupuestados en los procedimientos de contratación de consultorías.

En este sentido, las entidades contratantes como es el caso de la Empresa Pública del Agua, deberán aplicar la norma conforme al principio general de derecho de irretroactividad de la ley, es decir, a partir del 8 de noviembre de 2016, fecha en la que se publicó en el Registro Oficial No. 876, el Decreto Ejecutivo No. 1203, de 13 de octubre de 2016, deberán considerar que las personas jurídicas consultoras extranjeras pueden incluir dentro de los costos indirectos aquellos costos producto de gastos de carácter permanente o general”.

Esta Procuraduría se ha pronunciado respecto de la aplicación del principio de irretroactividad de las normas, entre otros, en oficio No. 13160 de 30 de noviembre de 2017 cuya copia adjunto.

En relación con las reglas del artículo 7 del Código Civil, invocadas tanto por la Gerente de Asesoría Jurídica de la Empresa Pública del Agua como por la Directora General del SERCOP, cabe considerar lo expresado por el doctor Juan Larrea Holguín¹⁵⁴:

“Don Andrés Bello no refirió directamente al juez las normas de interpretación del artículo 18. En el Código Chileno se conservan como normas de interpretación que pueden ser usadas por el juez, por otra autoridad o por los ciudadanos. Pero nuestro Código las ha convertido en normas obligatorias para el juez”.

Sobre las reglas de interpretación del artículo 18 del Código Civil, merece considerar además, la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia¹⁵⁵ que en lo pertinente señala:

“(…) el Art. 18 del Código Civil se inicia con la siguiente norma: ‘Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes... (…), de la transcripción literal del primer inciso de la norma aparece con claridad meridiana que la misma es aplicable únicamente a quienes ejercen jurisdicción y competencia, es decir a los integrantes de la función judicial (...). Por otra parte, en materia de derecho público no es aceptable ni siquiera la interpretación extensiva menos aún la analogía, ya que los funcionarios públicos, conforme preceptúa la Constitución Política en el Art. 119 (actual artículo 226 de Constitución de la República) ‘... no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley...’. Por ello precisamente el Art. 1505 del Código Civil (actual Art. 1478 de la Codificación del Código Civil) establece que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público ecuatoriano; en base de estas normas y de otras explicitadas en diferentes leyes así como en la doctrina jurídica universal, la aplicación analógica en derecho público produce la ilicitud del acto y en consecuencia la nulidad absoluta del acto administrativo por falta de competencia de quien lo dictó...”.

El artículo 82 de la Constitución de la República prescribe que el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta “(…) en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

154 “Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador”, pág. 40.

155 Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Fallo No. 202, Registro Oficial No. 145 de 12 de agosto de 2003.

Concordante, el artículo 226 de la referida Constitución 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 (...)”.

De la normativa constitucional citada se observa que el derecho a la seguridad jurídica se efectiviza a través de la aplicación de normas previas, claras y públicas, por parte de las autoridades competentes, considerando los límites que impone el principio de legalidad a las instituciones del sector público y los servidores públicos, para ejercer las competencias y facultades atribuidas en la Constitución y la ley.

En este contexto, corresponde al Presidente de la República dentro de sus atribuciones y facultades previstas en el artículo 147 numeral 13 de la Constitución de la República: “Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración”.

Con fundamento en lo expuesto, el Presidente de la República mediante Decreto Ejecutivo No. 1203, publicado en el Registro Oficial No. 876 de 8 de noviembre de 2016, dispuso en su Artículo Único, que se incluya al final del número 2 del artículo 34 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública el siguiente texto: “excepto para el caso de personas jurídicas consultoras extranjeras que ejecuten consultorías con fines exclusivos, por lo que, sus costos indirectos contemplarán gastos de carácter permanente o generales, sin aplicar la restricción antes mencionada” y en su Artículo Final dispuso que este Decreto entre en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

El artículo 34 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, reformado por el citado Decreto Ejecutivo No. 1203 prescribe lo siguiente:

“Art. 34.- En todo proceso de contratación, la determinación de los costos de consultoría tomará en cuenta en su composición los costos directos e indirectos requeridos para la ejecución del proyecto, conforme se detalla a continuación:

1. Costos directos: definidos como aquellos que se generan directa y exclusivamente en función de cada trabajo de consultoría y cuyos componentes básicos son, entre otros, las remuneraciones, los beneficios o cargas sociales del equipo de trabajo, los viajes y viáticos; los subcontratos y servicios varios, arrendamientos y alquileres de vehículos, equipos e instalaciones; suministros y materiales; reproducciones, ediciones y publicaciones;
2. Costos indirectos o gastos generales: son aquellos que se reconocen a las firmas consultoras y otros organismos que estén autorizados para realizar consultorías, para atender sus gastos de carácter permanente relacionados con su organización profesional, a fin de posibilitar la oferta oportuna y eficiente de sus servicios profesionales y que no pueden imputarse a un estudio o proyecto en particular. El costo indirecto contemplará únicamente los honorarios o utilidad empresarial reconocidos a las personas jurídicas consultoras, por el esfuerzo empresarial, así como por el riesgo y responsabilidad que asumen en la prestación del servicio de consultoría que se contrata, excepto para el caso de personas

jurídicas consultoras extranjeras que ejecuten consultorías con fines exclusivos, por lo que, sus costos indirectos contemplarán gastos de carácter permanente o generales, sin aplicar la restricción antes mencionada”.

De lo expuesto se evidencia que según su tenor, el Decreto Ejecutivo No. 1203 antes referido, materia de su consulta, no constituye una norma interpretativa que declara el sentido del artículo 34 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sino que éste reformó la mencionada disposición, al incluir un texto adicional al final de dicha norma reglamentaria y que conforme a su Artículo Final, entró en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial esto es, el 8 de noviembre de 2016.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que el Artículo Único del Decreto Ejecutivo No. 1203 de 13 de octubre de 2016, publicado en el Registro Oficial No. 876 de 8 de noviembre de 2016, no constituye una norma interpretativa del artículo 34 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sino que se trata de una reforma que incluye un texto al final del número 2 del mencionado artículo 34 que, conforme a su Artículo Final, entró en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial No. 876 el 8 de noviembre de 2016.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas; por lo tanto, es responsabilidad exclusiva de los personeros de la entidad pública la decisión respecto de los casos particulares.

NORMA SUPLETORIA ADMINISTRATIVA

Oficio PGE No. 01558 de 14-11-2018

CONSULTANTE: SUPERINTENDENCIA DE BANCOS

CONSULTA:

“¿Deben considerarse como supletorias al Código Orgánico Monetario y Financiero a la Ley de Compañías, Código de Comercio, Código Civil y leyes conexas, para el trámite atención, aprobación o negativa de los actos societarios de las entidades financieras sujetas al control de la Superintendencia de Bancos?”.

BASE LEGAL:

Constitución de la República: Arts. 120 núm. 6 y 261 núm. 5.

Código Orgánico Monetario y Financiero: Arts. 1, 2, 13, 14 núm. 3 y 4, 60, 62 núm. 3, 162, 256, 389,

391 y Disposición General Décima Octava,

Código Civil: Arts. 18 núm. 7, 1963, 1965 y 2099.

Código de Comercio: Art. 1 y 3 núm. 9.

Ley Orgánica de la Función Legislativa: Art. 9 núm. 6.

Ley General de Instituciones del Sistema Financiero: Art. 221 (derogada)

Ley de Compañías: Art. 143 y 456.

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

A su oficio de consulta se ha acompañado el criterio jurídico emitido por el Intendente Nacional Jurídico de la Superintendencia de Bancos, contenido en memorando No. SB-INJ-2018-0515-M de 3 de octubre de 2018, en el cual manifiesta lo siguiente:

“El Código Monetario y Financiero, no contiene en su articulado disposición alguna que establezca la supletoriedad de las antes mencionadas leyes, lo cual limita a este organismo de control remitirse a otros cuerpos legales que están vinculados a la materia que regula el accionar de la Superintendencia de Bancos.

De hecho, las entidades que forman parte del Sector Financiero Privado tal es el caso de los bancos, se tratan de sociedades anónimas que deben constituirse ante este organismo de control bajo esa forma, según disponen los artículos 162 y 389 del Código Orgánico Monetario y Financiero; además, sus actos societarios desde su constitución hasta su liquidación deben observar a más de las normas constantes en dicho Código aquellas que norman a cualquier otra sociedad mercantil.

De la misma forma, los actos societarios como la fusión, conversión, escisión, aprobación y reforma de estatutos sociales, aumentos de capital suscrito y pagado, requieren de normas y disposiciones complementarias al Código Orgánico Monetario y Financiero, que en la mayoría de casos no es exhaustivo en detalles como sí lo son la Ley de Compañías, Código de Comercio, Código Civil y otras leyes conexas.

(...) CRITERIO JURÍDICO.-

Con base a los antecedentes y análisis, la Intendencia Nacional Jurídica, es de la opinión de que, en aplicación de la regla de interpretación por analogía contenida en el numeral séptimo del artículo 18 del Código Civil, pueden considerarse como supletorias al Código Orgánico Monetario y Financiero, la Ley de Compañías, el Código de Comercio, el Código Civil y otras leyes conexas, cuando se trate de actos societarios realizados por entidades financieras del sector financiero privado”.

El contenido de la consulta exige considerar como antecedente que, el artículo 221 de la Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero¹⁵⁶, derogada por el Código Orgánico Monetario y Financiero, disponía:

“Art. 221.- La presente Ley tendrá el carácter de Orgánica. En todo lo no previsto en esta Ley, regirá supletoriamente la Ley de Compañías, Código de Comercio, Código Civil y leyes conexas, en lo que fuere aplicable. Las atribuciones que la ley de Compañías confiere al Superintendente o a la Superintendencia de Compañías serán ejercidas, respecto de las instituciones financieras por el Superintendente o la Superintendencia de Bancos y Seguros, según el caso”.

Como se observa, en la derogada Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, el legislador previó en forma expresa cuáles eran sus normas supletorias, cosa que no sucede con el actual Código Orgánico Monetario y Financiero¹⁵⁷, cuyo Libro I, que contiene las disposiciones que regula los sistemas monetario y financiero, no ha previsto aquello.

De acuerdo con el artículo 226 de la Constitución de la República¹⁵⁸, que establece el principio de legalidad que rige en derecho público, las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, “(...) ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley”.

La Constitución de la República en el numeral 5 del artículo 261 determina que el Estado central tendrá competencia exclusiva sobre: “*Las políticas económica, tributaria, aduanera, arancelaria; fiscal y monetaria; comercio exterior y endeudamiento*”. (El énfasis me pertenece).

El numeral 6 del artículo 120 de la Constitución determina las atribuciones y deberes de la Asamblea Nacional, entre las que se encuentra el “*Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio*”. Idéntica previsión consta en el numeral 6 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

En base a las disposiciones mencionadas, el Pleno de la Asamblea Nacional expidió el Código

156 Publicada en el Registro Oficial No. 250 del 23 de enero del 2001.

157 Publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 332 de 12 de septiembre de 2014.

158 Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Orgánico Monetario y Financiero, cuyo objeto y ámbito, previstos por sus artículos 1 y 2, incluye la regulación de los sistemas monetario y financiero, a través del establecimiento de un marco de políticas, regulaciones, supervisión, control y rendición de cuentas, que rige el ejercicio de esas actividades y la relación con sus usuarios.

De acuerdo con el primer inciso de la Disposición General Décima Octava del Código Orgánico Monetario y Financiero que establece la estructura de ese código, *“Las disposiciones correspondientes al Sistema Monetario y Financiero contenidos en los Títulos I, II y III del presente instrumento constituyen el Libro 1(...).”*

Es oportuno señalar que el artículo 60 del código citado, determina que la Superintendencia de Bancos tiene como finalidad el efectuar la vigilancia, auditoría, intervención, control y supervisión de las actividades financieras que ejercen las entidades públicas y privadas del Sistema Financiero Nacional.

Dentro de las funciones de la Superintendencia de Bancos, establecidas en el artículo 62 del código orgánico mencionado, en el numeral 3, consta la de autorizar la constitución de entidades que conforman el Sector Financiero Privado. Al efecto el artículo 389 del mismo código prescribe:

“Art. 389.- Constitución. Las entidades del sector financiero privado se constituirán ante la Superintendencia de Bancos como sociedades anónimas, de conformidad con el presente Código, con un mínimo de dos promotores.

Se podrá constituir una entidad financiera privada por iniciativa de los promotores interesados, fundadores o por promoción pública”.

De lo hasta aquí citado, se aprecia que el Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero regula las actividades de las instituciones del sector financiero privado, estableciendo como una de las funciones de la Superintendencia de Bancos, el autorizar la constitución de las entidades financieras privadas como sociedades anónimas, regidas por el código orgánico en estudio.

Por su parte, el artículo 13 del Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero, creó la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, previendo que dicho organismo es parte de la Función Ejecutiva y asignándole el carácter de *“(...) responsable de la formulación de las políticas públicas y la regulación y supervisión monetaria, crediticia, cambiaria, financiera, de seguros y valores”*.

Concordantemente, los numerales 3 y 4 del artículo 14 del mismo código incluyen entre las funciones de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, las siguientes:

“Art. 14.- Funciones. La Junta tiene las siguientes funciones:

- (...) 3. Regular mediante normas las actividades financieras que ejercen las entidades del sistema financiero nacional y las actividades de las entidades de seguros y valores;
4. Regular la creación, constitución, organización, operación y liquidación de las entidades financieras, de seguros y de valores.”

De la revisión del Código Orgánico Monetario y Financiero se observa que contiene las normas específicas aplicables a las instituciones del sistema financiero nacional y respecto de aquellas que integran el sector financiero privado, entre ellas, las que establecen prohibiciones especiales para la participación como accionistas (artículo 256) y requisitos para su constitución (artículo 391).

Dentro de la legislación ecuatoriana, la Ley de Compañías¹⁵⁹ en su artículo 143 se refiere a las sociedades anónimas en los siguientes términos:

“Art. 143.- La compañía anónima es una sociedad cuyo capital, dividido en acciones negociables, está formado por la aportación de los accionistas que responden únicamente por el monto de sus acciones.

Las sociedades o compañías civiles anónimas están sujetas a todas las reglas de las sociedades o compañías mercantiles anónimas”.

El artículo 456 de la ley mencionada en el párrafo anterior, dispone que se aplicarán las disposiciones de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero (actual Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro I), a las compañías nacionales anónimas, en cuanto fuere el caso y no estuviere previsto en la Ley de Compañías.

Por otro lado, el Código de Comercio¹⁶⁰ en su artículo 1, al determinar su ámbito de aplicación, dispone que rige para las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles, y los actos y contratos de comercio aunque sean ejecutados por no comerciantes.

El numeral 9 del artículo 3 del mismo código incluye expresamente entre los actos de comercio a las “operaciones de banco”.

José María Martínez Val, en su libro de Derecho Mercantil¹⁶¹, sobre los actos de comercio afirma que:

“Los actos de comercio pueden ser definidos como aquellos hechos que producen efectos en el ámbito jurídico mercantil, comprendiéndose tanto los que dependen de la voluntad de los hombres (actos propiamente dichos), como también aquellos acontecimientos independientes de la voluntad humana que tienen realidad en el mundo exterior, pero que de alguna manera producen tales efectos”.

159 Publicada en el Registro Oficial No. 312 de 5 de noviembre de 1999.

160 Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 1202 de 20 de agosto de 1960.

161 Citado por CEVALLOS VÁSQUEZ, Victor, Manual de Derecho Mercantil, Editorial Jurídica del Ecuador, Ecuador, Cuarta Edición, página 70.

En sentencia de casación, la Corte Suprema de Justicia¹⁶² analizó el carácter comercial de las operaciones de banco, en la siguiente forma:

“(…) por efecto de dicha suspensión esos bancos quedaron obligados a cumplir los requerimientos del programa de reestructuración en forma inmediata, pues tales obligaciones, por ser operaciones de banco tienen el carácter comercial, atento lo dispuesto en el número 9 del artículo 3 del Código de Comercio que prescribe que ‘Son Actos de comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de parte de alguno de ellos solamente: ... 9. Las operaciones de banco’.”

En otro fallo, con relación a las operaciones de banco y su carácter comercial, la Corte Suprema¹⁶³ analizó lo siguiente:

“El cheque que es un título girado contra un banco, cuyas operaciones son actos de comercio; por lo mismo, todas las relaciones jurídicas que emanan de ese título, constituye asuntos de comerciales, (...). El cheque es un instrumento de las operaciones de banco. Se comprende, pues, entre los actos de comercio enumerados en el Art. 3° dentro de su N° 9, (...). La razón de ser por la cual se dictó una ley aparte del Código de Comercio no se halla en que se pretenda desmercantilizar a la figura, sino que dentro de la tendencia actual del derecho mercantil, se van configurando algunos ordenamientos legales particulares, que sin dejar de ser mercantiles reclaman cierta autonomía: tal el caso del derecho societario, del derecho bancario y financiero privado, del derecho bursátil, del derecho cambiario, del derecho de seguros, etc. (...)”.

De lo establecido en el Código de Comercio sobre las operaciones de banco, su definición y de lo analizado en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, no cabe duda que las operaciones que realizan las instituciones financieras privadas son actos de comercio y tienen carácter mercantil.

El Libro Cuarto del Código Civil¹⁶⁴, que trata sobre las obligaciones en general y los contratos, en su artículo 1963 señala que la sociedad puede ser civil o comercial y el segundo inciso precisa que: “*Son sociedades comerciales las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio*”.

El inciso cuarto del artículo 1965 del mismo código indica que: “*Sociedad anónima es aquella en que el fondo social es suministrado por accionistas que sólo son responsables por el valor de sus acciones*”.

Cabe mencionar en forma adicional que el artículo 2099 del Código Civil define al mutuo o préstamo

162 Resolución No. 115-07, Juicio No. 227-04, publicada en la Serie 18 de la Gaceta Judicial 3 de 5 de marzo de 2007, Considerando Cuarto página 1134.

163 Resolución No. 257-99, Juicio No. 57-94, publicada en la Serie 16 de la Gaceta Judicial 15 de 23 de abril de 1999, Considerando Segundo, página 4238.

164 Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

de consumo como “(...) un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles, con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad”.

En cuanto a los términos “norma” y “supletoria”, Larrea Holguín¹⁶⁵ los define por separado:

“Norma. - Regla, disposición de la ley, prescripción jurídica. Indicación con carácter de obligatorio, sobre cómo se ha de proceder en determinado caso”.

“Suplir. - reemplazar, compensar la falta de una cosa o del cumplimiento de una obligación (...)”.

Guillermo Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual¹⁶⁶, define:

“Norma. - Regla de conducta, imperativo usual. // Disposición legal. // Ley, como cuerpo orgánico. // Precepto positivo de orden jurídico menor. // Criterio personal. // Práctica. // Pauta”.

“Supletorio. - lo que remedia una falta. // Complementario. // De aplicación o vigencia subsidiaria. (v. Derecho, Fondo y Juramento supletorio; Ley, Sucesión y titulación supletoria)”.

De las definiciones mencionadas podemos determinar que norma supletoria es aquella que remedia la falta de regulación expresa sobre una materia, y que por tanto complementa a una ley principal.

Por otra parte, entre las reglas de interpretación de la Ley, el numeral 7 del artículo 18 del Código Civil prevé que: “A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal”.

Con relación a la aplicabilidad de la analogía al campo del derecho administrativo, Juan Carlos Cassagne examina que:

“(...) 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).

(...) En nuestra opinión, la analogía constituye una técnica de interpretación del derecho. No es fuente porque el propio ordenamiento obliga a la utilización de esta herramienta jurídica

165 Larrea Holguín, Juan, Diccionario de Derecho Civil, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006, Quito, páginas 316 y 428.

166 Tomo V y VII, Editorial Heliasta, 25ª Edición, año 1997, páginas 566 y 575.

ante la ausencia de normas positivas; el artículo 16 del Código Civil determina que cualquier disposición jurídica aplicable para determinadas situaciones puede ser fuente del derecho para otras situaciones siempre que se den similitud de hecho e identidad de razones. 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 esta técnica interpretativa.

Pero aun cuando el artículo 16 del Código Civil no permitiera recurrir a la analogía, ello podría hacerse, ya que por medio de la misma se aplican principios generales del derecho o justicia.

(...) Así como la analogía no puede utilizarse en el derecho penal, en el derecho administrativo mediante razonamiento analógico, no pueden aplicarse disposiciones que restrinjan la libertad del individuo o impongan sanciones. Tampoco se acepta para establecer contribuciones fiscales ni para acordar exenciones impositivas o jubilaciones¹⁶⁷.

De la doctrina y normativa examinada se observa que, de acuerdo con el numeral 7 del artículo 18 del Código Civil, la analogía es una técnica de interpretación de la ley, cuya función es integrar vacíos normativos que permite en ausencia de norma, aplicar otras que existan en el ordenamiento jurídico, siempre que las situaciones de hecho sean similares y existan las mismas razones.

Del análisis jurídico efectuado se aprecia que, el Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero es el cuerpo normativo aplicable específicamente para regular las actividades de las entidades que integran el sector financiero privado sujetas al control de la Superintendencia de Bancos; y que de acuerdo con los artículos 13 y 14, numerales 3 y 4 de ese código, corresponde a la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, regular tanto las actividades financieras que ejercen, así como la creación, constitución, organización, operación y liquidación de las entidades financieras.

Considerando que las instituciones financieras del sector privado se constituyen como sociedades anónimas y realizan operaciones de banca que son actos de comercio, en atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con el numeral 7 del artículo 18 del Código Civil que prevé que *“A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos (...)”*, para la atención de los actos societarios de las entidades financieras privadas sujetas al control de la Superintendencia de Bancos, se podrían aplicar las disposiciones de la Ley de Compañías, el Código de Comercio y el Código Civil, únicamente en aquello que no esté expresamente previsto en el Código Orgánico Monetario y Financiero, que es el cuerpo normativo específico que las rige.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia o aplicación general de normas jurídicas, por tanto, es de exclusiva responsabilidad de la Superintendencia de Bancos, en los trámites sujetos a su autorización o control, verificar la inexistencia de norma específica y por tanto la aplicabilidad supletoria o analógica de otras normas que integren el ordenamiento jurídico vigente

OBLIGACIONES EN CONTRATACIÓN PÚBLICA: MEDIOS PÚBLICOS DE COMUNICACIÓN

Oficio PGE No. 02078 de 27-12-2018

CONSULTANTE: EMPRESA PÚBLICA MEDIOS PÚBLICOS DE COMUNICACIÓN DEL ECUADOR (MEDIOS PÚBLICOS EP)

CONSULTAS:

1. “¿De conformidad a lo establecido en el Art. 45 numeral 3 del Código Orgánico Administrativo COA, la administración pública central representada por la Presidencia de la República es el responsable del pago de las obligaciones pendientes adquiridas por sus entidades adscritas o dependientes que no cumplieron oportunamente con los requisitos legales en sus disposiciones?”.
2. “¿De conformidad a lo establecido en el Art. 330 del Código Orgánico Administrativo COA en concordancia con el primer inciso del Art. 223 de la Constitución los funcionarios públicos que ordenaron o dispusieron se realicen los enlaces ciudadanos sin respetar lo establecido en las normas respectivas no están exentos de responsabilidad y por tanto el Estado podrá ejercer sus derechos de repetición de comprobar la existencia de daños y/o perjuicios?”.

BASE LEGAL:

Constitución de la República: Arts. 11 numerales 4, 6 y 9, 82, 141, 226 y 233.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado: 46, 48, 52, 65, 66, 67 y 92.

Código Orgánico Administrativo (COA): Arts. 15, 44, 45, 47, 330, 332, 333, 334, 335 y 344.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas: Arts. 116 y 117.

Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva: Arts. 2 literal a), 3, 5 y 6

Decreto Ejecutivo No. 699 de 8 de junio de 2015 - Creación de la Unidad de Gestión de Medios UGEMED

Decreto Ejecutivo No. 842 de 11 de diciembre de 2015 - Creación de la Empresa Coordinadora de Empresas Públicas EMCO EP

Decreto Ejecutivo No. 1158 de 4 de octubre de 2016 - Creación de Medios Públicos de Comunicación del Ecuador EP

Decreto Ejecutivo No. 227 de 7 de diciembre de 2017 - EMCO EP transferencia a favor de MEDIOS PÚBLICOS EP de la propiedad de los paquetes accionarios

Decreto Ejecutivo No. 535 de 9 de noviembre del 2018: Arts. 1 y 2 - Suprime la Secretaría Nacional de Comunicación

Pronunciamiento Procurador General del Estado, Oficio No. 12559 de 20 de octubre de 2017

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

PRIMERA CONSULTA:

(...)

El criterio jurídico No. MPEP-GAJ-034-2018 de 17 de diciembre de 2018, suscrito por el doctor Andrés Mancheno, Gerente de Asesoría Jurídica **de la empresa pública consultante, se refiere a los antecedentes relacionados** con el Fideicomiso AGD CFN No Más Impunidad y la posterior creación de la Unidad de Gestión de Medios UGEMED, mediante Decreto Ejecutivo No. 699¹⁶⁸ de 8 de junio de 2015, como entidad de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía administrativa, presupuestaria y financiera, “(...) cuyo objeto fue el manejo de los paquetes accionarios, la gestión, seguimiento y control de la administración” de varias sociedades anónimas incautadas en el contexto de la crisis financiera de los años 90.

Se refiere adicionalmente a la creación de la Empresa Coordinadora de Empresas Públicas EMCO EP mediante Decreto Ejecutivo No. 842¹⁶⁹, con el objeto de planificar, articular, coordinar, controlar y validar las políticas y acciones de todas las empresas públicas constituidas por la Función Ejecutiva; así como al Decreto Ejecutivo No. 1158¹⁷⁰, que creó la Empresa Pública Medios Públicos de Comunicación del Ecuador Medios Públicos EP, de su actual representación; y, al Decreto Ejecutivo No. 227¹⁷¹, que dispuso que EMCO EP transfiera irrevocablemente a favor de MEDIOS PÚBLICOS

168 Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 537 de 6 de julio de 2015

169 Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 647 de 11 de diciembre de 2015.

170 Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 854 de 4 de octubre de 2016.

171 Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 135 de 7 de diciembre de 2017.

EP la propiedad total de los paquetes accionarios de su pertenencia, lo que se instrumentó mediante convenio de 27 de diciembre de 2017.

Agrega que, mediante resolución de la Intendencia de Compañías de Quito, en febrero de 2018 se ha declarado la disolución y liquidación de una de las sociedades cuyas acciones y administración corresponde a la empresa pública consultante; que en tal situación, la sociedad no se encuentra habilitada para realizar nuevas operaciones inherentes a su objeto social y añade:

“(...) no es procedente la instrumentación de aporte alguno por parte de Medios Públicos E.P; sin embargo, por lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo No. 227 y el Directorio de 9 de mayo de 2018, en esta misma calidad, debe agotar todos los recursos necesarios para proceder a su reactivación, al haber asumido necesariamente todas las obligaciones y derechos, activos y pasivos, de los medios de comunicación transferidos, así como también las competencias, atribuciones, derechos, obligaciones, representaciones y delegaciones; eso significa en otras palabras, la obligación ineludible de realizar personalmente el cobro de las deudas pendientes de pago que aún mantienen con la compañía los diferentes deudores usando para ello las vías legales pertinentes, preferentemente lo señalado por la misma Contraloría General del Estado en su informe Nro. DNA4-0024-2018 referente al examen especial (...)”

Con relación al informe DNA4-0024-2018 de la Contraloría General del Estado, transcrito por el informe de la entidad consultante, con relación a una de las sociedades cuyas acciones y administración corresponde a Medios Públicos EP, ese organismo de control ha recomendado lo siguiente:

“(...) 6.- Realizará las gestiones de cobro correspondientes por la transmisión en vivo y sin interrupciones de los enlaces ciudadanos a las entidades que solicitaron su transmisión, con el objeto de recuperar los valores invertidos por el canal.

(...)

Los enlaces ciudadanos realizados por el Ex Presidente de la República eran coordinados por la Subsecretaría de Promoción de la Comunicación de la Secretaría Nacional de Comunicación SECOM, de conformidad a las atribuciones y responsabilidades descritos en el numeral 2.1.3. Gestión y Promoción Organizacional por Procesos, que señala: ‘...6. Coordinar los eventos en los que participa el Presidente/a de la República o demás autoridades como cadenas radiales, enlaces ciudadanos, cadenas informativas, mensajes gubernamentales, etc. (...)’

(...) 7. Realizará las gestiones de cobro a las entidades correspondientes de los gastos asumidos por la Compañía (...), para la realización de enlaces ciudadanos”.

Se añade que la Secretaría Nacional de Comunicación fue suprimida mediante Decreto Ejecutivo

No. 535¹⁷², que creó la Secretaría General de Comunicación de la Presidencia de la República como organismo adscrito a la Presidencia de la República.

Como fundamento de las consultas, el informe jurídico cita los artículos 11, numerales 4, 6 y 9, de la Constitución de la República, 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y los artículos 44, 45, 47, 330, 332 y 334 del Código Orgánico Administrativo. Sobre dicha base formula una conclusión general en la que manifiesta:

“En virtud de lo señalado en el Decreto Ejecutivo No. 535, donde el Presidente Constitucional de la República suprimió la Secretaría Nacional de Comunicación, y creó la Secretaría General de Comunicación dentro de la institucionalidad de la Presidencia de la República, disponiendo que las competencias, atribuciones que le correspondía a la Secretaría Nacional de Comunicación serán asumidas por la Secretaría General de Comunicación de la Presidencia de la República del Ecuador, hacen que la administración pública central en la personería de la Presidencia de la República sea la responsable del pago de dicha obligación.

(...) existe constancia suficiente y documentada de que los servicios fueron recibidos ya que efectivamente se transmitió al aire las mal denominadas ‘sabatinas’; y, finalmente que los servicios fueron prestados en actividades y funciones de la presidencia de la República.

En consecuencia le corresponde a la Presidencia de la República el cumplimiento de la recomendación de la Contraloría General del Estado en su informe Nro. DNA4-0024-2018, dejando a salvo el derecho de repetición en contra de los funcionarios que dispusieron que se otorgue el servicio sin el respaldo contractual, así como las responsabilidades administrativas, civiles y penales que se llegaren a encontrar”.

Para atender su consulta, se considera como antecedente que de acuerdo con los artículos 82 y 226 de la Constitución de la República¹⁷³, el derecho a la seguridad jurídica se garantiza a través de la existencia de normas previas, claras y públicas, aplicadas por las autoridades competentes; considerando para el efecto, que los servidores públicos solo pueden ejercer las competencias y facultades atribuidas en el ordenamiento jurídico.

El inciso primero del artículo 141 de la citada Constitución establece que: *“La Presidenta o Presidente de la República ejerce la Función Ejecutiva, es el Jefe del Estado y de Gobierno y responsable de la administración pública”*.

En relación con la administración pública central al mando del Presidente de la República, el artículo 45 del Código Orgánico Administrativo¹⁷⁴ (en adelante COA) dispone:

172 Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 364 de 9 de noviembre del 2018.

173 Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.

174 Publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017.

“Art. 45.- Administración Pública Central. El Presidente de la República es responsable de la administración pública central que comprende:

1. La Presidencia y Vicepresidencia de la República

2. Los ministerios de Estado

3. Las entidades adscritas o dependientes

4. Las entidades del sector público cuyos órganos de dirección estén integrados, en la mitad o más, por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores de entidades que integran la administración pública central.

En ejercicio de la potestad de organización, la o el Presidente de la República puede crear, reformar o suprimir los órganos o entidades de la administración pública central, cualquiera sea su origen, mediante decreto ejecutivo en el que se determinará su adscripción o dependencia”. (Lo resaltado me corresponde).

En concordancia, la letra a) del artículo 2 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva¹⁷⁵ (en adelante ERJAFE) establece que la Función Ejecutiva comprende “ a) *La Presidencia y la Vicepresidencia de la República y los órganos dependientes o adscritos a ellas.*”, que, según el mismo artículo, conforman la “Administración Pública Central”. Por su parte, el artículo 3 del ERJAFE, dispone:

“Art. 3.- PERSONALIDAD JURIDICA.- La Administración Pública Central tendrá personalidad jurídica única para el cumplimiento de sus fines. Sus órganos dependientes o adscritos tendrán sólo las respectivas competencias asignadas”.

De acuerdo con el segundo inciso del artículo 5 del ERJAFE, la Función Ejecutiva la ejerce el Presidente de la República quien “(...) *tiene a su cargo la dirección de toda la Administración Pública Central e Institucional ya sea directa o indirectamente a través de sus ministros o delegados*”. El artículo 6 del citado estatuto dispone:

“Art. 6.- Características.- 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 la finalidad de satisfacer necesidades colectivas; gozar del ejercicio de autoridad para el cumplimiento de sus propósitos; y estar financiados por recursos públicos.”

En tal contexto, es pertinente considerar que, de acuerdo con el Decreto Ejecutivo No. 535 citado por el informe jurídico de la entidad consultante, la Secretaría Nacional de Comunicación (SECOM) fue suprimida y sustituida por la Secretaría General de Comunicación de la Presidencia de la República que, según el artículo 2 del citado Decreto, integra “(...) la institucionalidad de la Presidencia de la
175 Expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 2428, publicado en el Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo del 2002.

República”; y, de acuerdo con el artículo 3 del mismo Decreto, le corresponden las competencias, atribuciones, funciones, representaciones y delegaciones en materia comunicacional constantes en leyes, decretos, reglamentos y demás normativa vigente. En armonía con ello, con relación a los activos y pasivos de la extinguida SECOM, la Disposición General Cuarta del Decreto 535 establece que “(...) pasarán a formar parte del patrimonio institucional de la Presidencia de la República”.

Adicionalmente, es oportuno considerar que de conformidad con el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, las recomendaciones de ese organismo de control son de cumplimiento inmediato y con el carácter de obligatorio.

Del análisis efectuado se observa que el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 535 suprimió la Secretaría Nacional de Comunicación (SECOM) y su artículo 2 creó la Secretaría General de Comunicación como entidad adscrita que integra “(...) la institucionalidad de la Presidencia de la República”, en armonía con la letra a) del artículo 2 del ERJAFE y el numeral 3 del artículo 45 del COA. Y que, la Disposición General Cuarta del citado Decreto 535, expresamente prevé que los activos y pasivos de la extinguida SECOM pasaron “(...) a formar parte del patrimonio institucional de la Presidencia de la República”.

Por tanto, en atención a los términos de su consulta se concluye que de acuerdo con la Disposición General Cuarta del Decreto Ejecutivo No. 535, los pasivos de la extinguida SECOM integran el patrimonio de la Presidencia de la República, a quien en consecuencia corresponden las obligaciones pendientes adquiridas por esa Secretaría, considerando adicionalmente la recomendación efectuada en ese sentido por la Contraloría General del Estado.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas y no constituye orden de pago, siendo competencia de las respectivas entidades, verificar en los casos particulares el cumplimiento de las disposiciones de los artículos 116 y 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y demás normativa aplicable, a fin de verificar el cumplimiento de los requisitos legales para extinguir obligaciones.

SEGUNDA CONSULTA:

(...)

El informe jurídico de la entidad consultante, que fue citado al atender su primera consulta, contiene un análisis general de las dos preguntas y no ha incluido una conclusión separada sobre el tema que motiva su segunda consulta.

Para atender su consulta, se considera que el inciso primero del artículo 233 de la Constitución establece el principio general de responsabilidad de todo servidor público y dispone:

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

Los distintos tipos de responsabilidades de los servidores a las que se refiere el citado numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República, son desarrollados por la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, cuyos artículos 46 y 48 establecen las causales que dan origen a la responsabilidad administrativa, así como las sanciones aplicables que van desde la imposición de una multa hasta la destitución. De acuerdo con el segundo inciso del artículo 52 de la misma ley, la responsabilidad civil culposa genera una obligación jurídica indemnizatoria del perjuicio económico causado a la entidad o institución del Estado, proveniente de la acción u omisión culposa de un servidor público o tercero; y según los artículos 65, 66 y 67 de la citada ley, corresponde a la Contraloría General del Estado establecer la existencia de indicios de responsabilidad penal.

Mientras que, el principio de responsabilidad extracontractual del Estado frente a los particulares, previsto por el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República se desarrolla en el COA, en los artículos 15, 330, 333. Esas normas, en su orden disponen:

Constitución de la República.

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

(...) 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos”.

COA

“Art. 15.- Principio de responsabilidad. El Estado responderá por los daños como consecuencia de la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos o las acciones u omisiones de sus servidores públicos o los sujetos de derecho privado que actúan en ejercicio de una potestad pública por delegación del Estado o sus dependientes, controlados o contratistas”.

“Art. 330.- Responsabilidad extracontractual. Las instituciones del sector público, con excepción de la función judicial cuya responsabilidad está determinada en su propia ley, responden por el daño debidamente calificado proveniente de sus actuaciones u omisiones, incluso cuando estas sean lícitas, **siempre que el particular perjudicado no tenga la obligación jurídica de soportarlo**, en los términos de la reparación por daños prevista en este Código.

(...)

En todos los casos el Estado ejercerá su derecho a la repetición”.

“Art. 333.- Responsabilidad por acciones u omisiones de servidores públicos. El Estado responde por el daño calificado, por acción u omisión de la o del servidor público y **tendrá la obligación de ejercer la acción de repetición contra quienes, en el ejercicio de sus funciones, generaron el daño por dolo o culpa grave**”. (Lo resaltado me corresponde)

El primer inciso del artículo 334 del COA define al daño calificado en la siguiente forma:

“Art. 334.- Daño calificado. El daño calificado es aquel que la persona no tiene la obligación jurídica de soportar o que resulte de la violación del principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas y se deriva específica e inmediatamente de la acción u omisión de las administraciones públicas.”

Según el artículo 335 del COA, el nexo causal entre el daño calificado y la acción u omisión de la administración pública o el hecho dañoso que violente el derecho “*se fundamentará en hechos probados*”.

De la normativa del COA se desprende que es responsabilidad del Estado, a través de sus instituciones, responder por las acciones y omisiones de sus servidores, siempre que aquellas provoquen daño respecto del cual no exista la obligación legal de soportarlo (daño calificado).

Sobre esta materia, los tratadistas Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández¹⁷⁶, manifiestan lo siguiente:

“(...) basta la existencia de un resultado dañoso que cause un perjuicio efectivo, evaluable económicamente e individualizado respecto a una persona o un grupo de personas, para que surja la obligación de indemnizar, sin que se requiera otro requisito que *la relación de causalidad entre el acto y el daño y prescindiendo en absoluto de la licitud o ilicitud del acto originario del daño*. Habría que añadir, para evitar posibles equívocos (...) el elemento básico de que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar el perjuicio, que es donde se encuentra, justamente, el fundamento necesario de su pretensión resarcitoria”.

Es decir que, el pago de una obligación indemnizatoria por el Estado es el que a su vez genera en beneficio del Estado el derecho a repetir dicho pago respecto de los servidores que con su acción u omisión hubieren generado el daño, por dolo o culpa grave, de conformidad con los artículos 330 y 333 del COA.

En la obra de varios autores ecuatorianos denominada “Código Orgánico Administrativo Comentado”¹⁷⁷ se analiza la acción de repetición en los siguientes términos:

“(...) para que haya cabida a la acción de repetición se deberá determinar la existencia del dolo o culpa de los funcionarios públicos cuya actuación le generó al Estado la obligación de reparar. Por tanto, el derecho de repetición constituye una acción que tiene como fin encontrar la responsabilidad directa del gestor estatal y con el fin de que el Estado le exija a éste el desembolso de las cantidades cuantificadas que el Estado ha pagado por el comportamiento doloso o culposo de uno de sus representantes en ejercicio de sus funciones.”

Sobre el procedimiento judicial aplicable respecto de acciones de repetición derivadas de recomendaciones de Contraloría General del Estado, contenidas en exámenes especiales, la Procuraduría General del Estado se ha pronunciado en oficio No. 12559 de 20 de octubre de 2017, cuya copia acompaño.

Del análisis efectuado se observa que la responsabilidad de una entidad del sector público, proveniente de servicios recibidos, genera una obligación de pago en los términos que fueron analizados al atender su primera consulta; y que, las acciones u omisiones en que hubieren incurrido los servidores públicos en ese contexto, por no haber observado los procedimientos aplicables, por ejemplo, deben ser materia de examen especial por parte de la Contraloría General del Estado, organismo al que compete en forma exclusiva determinar las respectivas responsabilidades administrativas, civiles o indicios de responsabilidad penal, de acuerdo con el artículo 39 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Mientras que, la acción de repetición a la que se refiere el COA, es de origen extracontractual,

176 Curso de Derecho Administrativo II, novena edición, 2004, págs.377.

177 Autores: ASANZA MIRANDA, Felipe; ENRÍQUEZ CARRERA, Ricardo; CORNERJO AGUILAR, Sebastián; GALAN MELO, Gabriel; MONTALVO PERERO, Juan; y, GALÁN MELO, Jaime, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, CEP, Quito, año 20128, pág. 406.

por daños calificados sufridos por los administrados sin tener la obligación legal de soportarlos, provenientes de acciones u omisiones de servidores públicos que han generado obligación indemnizatoria al Estado, luego de lo cual puede éste repetir respecto del servidor cuya culpa o dolo sean declarados.

Por tanto, en armonía con lo analizado al atender su primera consulta se concluye que, una obligación de pago por servicios recibidos por una entidad pública, podría generar responsabilidades administrativas, civiles o indicios de responsabilidad penal, a ser determinadas por la Contraloría General del Estado; no obstante, si adicionalmente se han generado al prestador del servicio, daños calificados en los términos del artículo 330 del COA, y ello genera obligación indemnizatoria al Estado por acciones u omisiones de servidores públicos según el artículo 333 de mismo código, una vez efectuado el pago de la indemnización, la entidad deberá ejercer la acción de repetición de conformidad con el artículo 344 del COA, cuyas normas son aplicables a partir de su vigencia.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas. Corresponde a la auditoría interna de las respectivas entidades, así como a la Contraloría General del Estado, determinar las eventuales responsabilidades de los servidores y funcionarios por las acciones u omisiones que generen daños que el Estado se viere obligado a indemnizar, así como el inicio de las respectivas acciones de repetición a que hubiere lugar.

PAGO DE VIÁTICO POR RESIDENCIA

Oficio PGE No. 01326 de 05-11-2018

CONSULTANTE: GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN PEDRO VICENTE MALDONADO

CONSULTA:

“¿El artículo 14 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado prevé la obligación de que el Gobierno Autónomo Descentralizado de Pedro Vicente Maldonado pague los viáticos por residencia del personal de su Unidad de Auditoría Interna?”.

BASE LEGAL:

Mandato Constituyente No. 2: Art. 5

Constitución de la República: Arts. 84, 328, 211, 212, 229, 328

Ley No. 46: Art. 124

Ley Orgánica del Servicio Público: Arts. 3, 23 lit. b), 96, 124, Disposición Final Segunda

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado: Art. 14

Decreto Ejecutivo No. 135 - Normas de Optimización y Austeridad del Gasto Público: Art. 1, 14

Acuerdo No. 21 - Contraloría General del Estado - Reglamento de Administración del Personal Técnico de las Unidades de Auditoría Interna de las Entidades y Organismos del Sector Público: Arts. 5, 16, Disposición General Única

Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público: Arts. 273, 274, 275

Clasificador Presupuestario de Ingresos y Gastos: ítem 5

Acuerdo Ministerial No. MDT-2017-0168. Ministerio del Trabajo: Art. 2

Pronunciamiento del Procurador General del Estado: Oficio No. 07767 de 14 mayo de 2012

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

A fin de contar con mayores elementos de análisis, en forma previa a atender su consulta, mediante oficio No. 00261 de 23 de agosto de 2018 e insistencia contenida en oficio No. 00593 de 12 de septiembre del presente año, se solicitó el criterio institucional de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (AME), lo cual fue atendido a través de oficio No. AME-DE-2018-0074 de 14 de septiembre de 2018, ingresado el mismo día, suscrito por su Director Ejecutivo, quien remite a su vez el criterio del Director Nacional de Asesoría Jurídica de dicha entidad, contenido en el memorando No. 400-DNAJ-AME-2018 de 10 de septiembre de 2018.

Adicionalmente, mediante oficio No. 00262 de 23 de agosto de 2018, este organismo solicitó el criterio institucional de la Contraloría General del Estado, habiendo recibido respuesta a través del oficio No. 35645 CNJ de 5 de septiembre de 2018, ingresado el 6 de los mismos mes y año, suscrito por el Contralor General del Estado, Subrogante.

Finalmente, con oficio No. 00263 de 23 de agosto de 2018 e insistencia contenida en oficio No. 00594 de 12 de septiembre del presente año, se requirió el criterio institucional del Ministerio del

Trabajo, el mismo que fue remitido por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica, Subrogante, en calidad de delegada del Ministro del Trabajo, con oficio No. MDT-CGAJ-2018-0813-O de 24 de septiembre de 2018, ingresado el 27 de los mismos mes y año.

El criterio jurídico del Procurador Síndico de la municipalidad consultante, consta en el memorando No. MEM-483-PS-18 de 15 de agosto de 2018, en el que se invocan los artículos 212, 225, 226 y 328 de la Constitución de la República, 124 de la Ley Orgánica del Servicio Público, 273 de su Reglamento General y 14 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. En dicho informe jurídico, el Procurador Síndico del GAD Municipal del Cantón Pedro Vicente Maldonado, manifiesta y concluye lo siguiente:

“(...) es la Contraloría General del Estado el órgano responsable de cubrir con la remuneración de la máxima autoridad de la Unidad de Auditoría Interna de un Gobierno Autónomo Descentralizado. Mientras que, respecto de la remuneración del resto del personal auditor, aquél será cubierto por cada institución del Estado en la que prestan sus servicios, al igual que los gastos para el funcionamiento de las unidades internas.

En este contexto, la norma examinada es inequívoca en indicar cuáles son las obligaciones que tiene la Contraloría General del Estado y cuáles son de responsabilidad de cada institución, frente a la auditoría interna.

Así, existe obligatoriedad legal de que la institución en la cual opera la Unidad de Auditoría Interna, cubra **las remuneraciones y los gastos para el funcionamiento**.

Sobre este aspecto, el precepto en mención se refiere únicamente a **remuneraciones y gastos de funcionamiento**. La remuneración consiste en el estipendio económico que se entrega a los funcionarios, en contraprestación de los servicios que ofrecen en una entidad. En tanto que, los gastos de funcionamiento deben ser comprendido como el valor destinado a hacer operativas las Unidades Internas de Auditoría, tales como brindar a los auditores de espacios y recursos necesarios para su control.

(...) los viáticos por gastos de residencia constituyen un rubro extraordinario que procede frente a una circunstancia específica, como lo es el traslado de la residencia de un Servidor Público. En tanto que, la remuneración es un valor ordinario y vinculado a la prestación del servicio.

(...) De esta manera, es el criterio de este Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal, que por las consideraciones jurídicas expuestas, el pago de viáticos por residencia al personal auditor interno no es de su responsabilidad, toda vez que no existe un precepto normativo que así lo disponga”.

El Contralor General del Estado, Subrogante, cita el artículo 96 y la Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica del Servicio Público, y el artículo 14 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, referido a las Unidades de Auditoría Interna de las entidades del Sector Público, luego de lo cual, concluye en los siguientes términos:

“De lo expuesto aparece que si bien de conformidad con lo previsto en el tercer inciso del transcrito artículo 14, corresponde a la Contraloría General del Estado asumir el pago de las ‘remuneraciones’ de las máximas autoridades de las Unidades de Auditoría Interna de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, no le corresponde asumir el pago del viático por gastos de residencia, previsto en el artículo 124 de la Ley Orgánica del Servicio Público, del Jefe ni del personal de la Unidad de Auditoría Interna, porque dicho concepto no forma parte de la remuneración.

Por otra parte, el inciso primero del citado artículo 14 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, establece que ‘...las remuneraciones y gastos para el funcionamiento de las unidades de auditoría interna serán cubiertos por las propias instituciones del Estado a las que ellas sirven y controlan.’; correspondiendo por tanto, a las Instituciones del Estado asumir los gastos para el funcionamiento de las Unidades de Auditoría Interna, por disposición legal expresa; debiendo entenderse por ‘gastos’ la utilización de los recursos financieros de la institución en los distintos conceptos que permitan el adecuado funcionamiento de las Unidades de Auditoría Interna, entre los que se incluye, si fuere del caso, el pago del viático por residencia”.

De su parte, el Director Nacional de Asesoría Jurídica de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (AME), fundamenta su análisis en “*identificar los instrumentos jurídicos aplicables sobre la definición de remuneración y su contenido*”, para lo cual invoca los artículos 84 y 328, inciso quinto de la Constitución de la República, 96 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 14 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, señalando que los gastos por residencia no constituyen remuneración. Con respecto al artículo 14 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, el mencionado Director Jurídico, manifiesta y concluye su informe en los siguientes términos:

“Por otro lado, el mismo artículo 14 *ibidem* señala que la dependencia técnica y administrativa corresponde a la Contraloría General del Estado, tanto así que quien emite el acto administrativo de vinculación al sector público es el Contralor General del Estado o su delegado. Por lo tanto, podemos colegir que la regla general es que la CGE se hace cargo de los departamentos auditores, mientras que la excepción la da el mismo artículo 14 al decir que únicamente las instituciones se deben hacer cargo de las remuneraciones y de los gastos por funcionamiento. Tanto es así, que el derecho a percibir viáticos por concepto de residencia es un derecho sujeto a disponibilidad presupuestaria y a la autorización de la autoridad nominadora, que en el presente caso sería el Contralor General del Estado o su delegado.

(...) los viáticos por residencia no forman parte de la remuneración que toda servidora y servidor perciben, por tanto no le corresponde al Gobierno Municipal de Pedro Vicente Maldonado erogar este reconocimiento, por no encontrarse determinado de forma taxativa en la ley”.

Por otro lado, la Coordinadora General de Asesoría Jurídica, Subrogante, del Ministerio del Trabajo, cita como fundamentos jurídicos los artículos 211 y 212 de la Constitución de la República; 3, 51,

letra a), 96 y 124 de la Ley Orgánica de Servicio Público y 273, 274 y 275 de su Reglamento General; 14 de las Normas de Optimización y Austeridad del Gasto Público y 5 y 6 del Acuerdo Ministerial No. MDT-2017-0168, que contiene la Norma Técnica para el Pago del Viático por Gastos de Residencia y Transporte para las y los Servidores de las Instituciones del Estado¹⁷⁸, a fin de realizar el siguiente análisis concordante con el criterio expuesto por la AME:

“Este vasto marco normativo apunta en dos direcciones: por un lado hacia la obligatoriedad del reconocimiento de las remuneraciones del personal auditor y por otro los gastos para su funcionamiento, por parte de las instituciones públicas, para lo cual es imprescindible señalar que tanto la Ley Orgánica del Servicio Público, como su Reglamento General en los artículos 96 y 243, respectivamente han determinado que no es parte de la remuneración los ingresos por ‘Viáticos’, aspecto que guarda armonía con las competencias de la Contraloría General del Estado, toda vez que ésta tiene plenas facultades para nombrar, remover o trasladar al personal auditor”.

El mencionado informe del Ministerio del Trabajo también cita el artículo 14 del Decreto Ejecutivo No. 135, por el cual se emitieron las Normas de Optimización y Austeridad del Gasto Público¹⁷⁹, referido a la *“Racionalización del pago por viático por gastos de residencia”*, para concluir en los siguientes términos:

“(…) Por tanto, y de acuerdo a las circunstancias planteadas, deviene en improcedente que el Gobierno Autónomo Descentralizado de Pedro Vicente Maldonado, asuma los rubros correspondientes al Viático por Gastos de Residencia, toda vez que este ingreso complementario no se encuentra incluido dentro de las remuneraciones de los servidores que conforman las Unidades de Auditoría Interna, cuya obligación es exclusivamente el pago de las remuneraciones de este contingente profesional.

Finalmente, es responsabilidad de la Contraloría General del Estado nombrar, remover o trasladar al personal que ejercerá estas actividades propias de su gestión, y en todo caso observará las políticas de austeridad emitidas por el Presidente Constitucional de la República, así como la Norma Técnica para el Pago de Viático por Gastos de Residencia y Transporte para las y los Servidores de las Instituciones del Estado, instrumentos jurídicos en los que se establece las condiciones que las y los servidores públicos deben cumplir para el reconocimiento de la compensación por residencia y transporte cuando trasladan su domicilio habitual, personal o familiar a otra ciudad de otra provincia en la cual va a prestar sus servicios”.

Como queda señalado, tanto el Contralor General del Estado, Subrogante, como el Director Nacional de Asesoría Jurídica de la AME y la Coordinadora General de Asesoría Jurídica, Subrogante, del Ministerio del Trabajo, concuerdan en que el viático por residencia es un ingreso complementario que no forma parte de la remuneración del servidor, sin embargo, el criterio de la Contraloría difiere del de la AME y del Ministerio del Trabajo en el sentido de la entidad a la que corresponde asumir ese gasto.

178 Publicado en el Registro Oficial No. 124 de 21 de noviembre de 2017.

179 Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 76 de 11 de septiembre de 2017.

De los antecedentes citados en la consulta, así como del criterio jurídico adjunto a ella, se observa que la consulta está referida a la aplicación de las normas que regulan el pago del viático por residencia de la máxima autoridad y del personal técnico auditor de las Unidades de Auditoría Interna de las entidades públicas, materia reglada por los artículos 124 de la Ley Orgánica del Servicio Público¹⁸⁰ (en adelante LOSEP); 273, 274 y 275 de su Reglamento General y artículo 14 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado¹⁸¹, norma ésta última que prevé lo siguiente:

“Art. 14.- Auditoría Interna.- Las instituciones del Estado, contarán con una Unidad de Auditoría Interna, cuando se justifique, que dependerá técnica y administrativamente de la Contraloría General del Estado, que para su creación o supresión emitirá informe previo. El personal auditor, será nombrado, removido o trasladado por el Contralor General del Estado y las remuneraciones y **gastos para el funcionamiento de las unidades de auditoría interna serán cubiertos por las propias instituciones del Estado a las que ellas sirven** y controlan.

Las máximas autoridades de las Unidades de Auditoría Interna, serán de libre designación y remoción por parte del Contralor General del Estado.

Las remuneraciones que corresponden a las máximas autoridades de las Unidades de Auditoría Interna de los Gobiernos Autónomos Descentralizados serán cubiertas por la Contraloría General del Estado.

Para ser nombrado y ejercer funciones de dirección o jefatura de esa unidad se requerirá ser profesional con título universitario y formación compatible con el ejercicio y práctica de la auditoría financiera o de la gestión.

Con el fin de prestar asesoría y realizar la evaluación integral de la institución, el personal de auditoría interna de gestión, deberá ser de carácter multidisciplinario.

La auditoría interna se ejecutará de acuerdo con las normas nacionales e internacionales de auditoría aplicables al sector público.

Por disposición expresa del Contralor General del Estado o de la máxima autoridad que ejerza la representación legal de la Institución, la respectiva unidad de auditoría interna ejecutará auditorías y exámenes especiales de conformidad con lo establecido en esta Ley.

Las entidades del sector público deberán prestar todas las facilidades operativas y logísticas para el adecuado desenvolvimiento de las Unidades de Auditoría Interna”. (Lo resaltado me corresponde).

180 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010.

181 Artículo reformado por Ley Orgánica Reformativa a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 2009.

Del análisis del primer inciso del artículo transcrito, se evidencia que las Unidades de Auditoría Interna de las entidades públicas dependen técnica y administrativamente de la Contraloría General del Estado, que el personal auditor es nombrado, removido o trasladado por el Contralor General del Estado, y que las remuneraciones y gastos para el funcionamiento de las Unidades de Auditoría Interna deben ser cubiertos por las propias instituciones del Estado a las que ellas controlan.

Por su parte, el inciso segundo de la citada norma prevé que las máximas autoridades de las Unidades de Auditoría Interna son de libre designación y remoción por parte del Contralor General del Estado y que las remuneraciones que corresponden a dichas autoridades, según el inciso tercero, en los casos de las Unidades de Auditoría Interna de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, deben ser cubiertas por el organismo de control.

El tercer inciso del artículo 14 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (en adelante LOCGE), en cuanto al pago de remuneraciones del personal auditor, claramente distingue el caso de las máximas autoridades de las Unidades de Auditoría Interna de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, y lo diferencia del resto del personal que conforma esas unidades.

En concordancia con lo mencionado, los artículos 5, 16 y la Disposición General Única del Acuerdo No. 21, mediante el cual el Contralor General del Estado expidió el Reglamento de Administración del Personal Técnico de las Unidades de Auditoría Interna de las Entidades y Organismos del Sector Público¹⁸², disponen en su orden lo siguiente:

“Art. 5.- DE LOS TITULARES DE LAS UNIDADES DE AUDITORÍA INTERNA.- Quienes ejerzan las funciones de dirección en las unidades de auditoría interna, bajo cualquier denominación: Director de Auditoría Interna, Auditor General, Director Técnico de Área, Jefe de Auditoría, Auditor Interno Jefe, entre otras denominaciones, serán de libre nombramiento y remoción por parte del Contralor General del Estado o su delegado”.

“Art. 16.- DE LOS RECURSOS FÍSICOS Y LOGÍSTICOS.- La Institución a la cual controla la Unidad de Auditoría Interna, **cubrirá todos los gastos que demande su funcionamiento**, prestará el apoyo, dotará de espacio físico, logística, servicios administrativos, técnicos y provisión de los recursos necesarios”. (Lo resaltado me corresponde).

“DISPOSICIÓN GENERAL ÚNICA: En todo lo no previsto en el presente Reglamento, el personal técnico de las Unidades de Auditoría Interna de las Entidades y Organismos del Sector Público, observará las disposiciones determinadas en la Ley Orgánica de Servicio Público, Reglamento General a la Ley ibídem, Normas Técnicas y Resoluciones emitidas por el Ministerio del Trabajo y normativa interna emitida por la Contraloría General del Estado para la administración del talento humano”.

De la revisión de los artículos señalados, se ratifica que las máximas autoridades de las Unidades de Auditoría Interna son de libre nombramiento y remoción por parte del Contralor General del Estado o su delegado, y que corresponde a la institución a la cual controla dicha unidad, cubrir todos

los gastos que demande su funcionamiento, además de prestar apoyo, dotar de espacio físico, logística, servicios administrativos, técnicos y provisión de los recursos necesarios.

Respecto a la remuneración, el artículo 229 inciso final de la Constitución de la República¹⁸³, precisa que: “*La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia*”.

Adicionalmente, el artículo 328 incisos primero y quinto de la Constitución, sobre el tema prevé lo siguiente:

“Art. 328.- La remuneración será justa, con un salario digno que cubra al menos las necesidades básicas de la persona trabajadora, así como las de su familia; será inembargable, salvo para el pago de pensiones por alimentos (...)”

Para el pago de indemnizaciones, la remuneración comprende todo lo que perciba la persona trabajadora en dinero, en servicios o en especies, inclusive lo que reciba por los trabajos extraordinarios y suplementarios, a destajo, comisiones, participación en beneficios o cualquier otra retribución que tenga carácter normal. Se exceptuarán el porcentaje legal de utilidades, los viáticos o subsidios ocasionales y las remuneraciones adicionales”.

El artículo 23, letra b) de la Ley Orgánica del Servicio Público, consagra entre los derechos irrenunciables de los servidores públicos el: “*Percibir una remuneración justa, que será proporcional a su función, eficiencia, profesionalización y responsabilidad. Los derechos y las acciones que por este concepto correspondan a la servidora o servidor, son irrenunciables*”.

El artículo 96 de la LOSEP, establece los rubros que forman parte de la remuneración mensual unificada y aquellos que están excluidos, entre los cuales se encuentran: “*c) Viáticos, subsistencias, dietas, horas suplementarias y extraordinarias (...)*”.

Entre las definiciones de “*remuneración*”, el Diccionario de la Lengua Española, menciona: “**3. Retribución.**”¹⁸⁴; en éste contexto, Roberto Dromi, en su obra Derecho Administrativo, manifiesta lo siguiente:

“**6. Derechos.** Son derechos del empleado público:

6.1. Retribución. 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 (...)”

Además del sueldo o asignación básica, el agente público percibe asignaciones *complementarias*. Dependiendo del cargo que desempeñe el agente, las asignaciones complementarias pueden ser por gastos de representación, viáticos (gastos de traslado

183 Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

184 Real Academia Española, Vigésima Primera Edición, pág. 1768.

y alimentos), subsidio familiar, aguinaldo, asignaciones por título profesional o técnico, antigüedad, insalubridad o riesgo de la actividad, etcétera”¹⁸⁵.

De la doctrina y las disposiciones enunciadas, queda claro que la remuneración constituye un derecho irrenunciable e inembargable del servidor público (salvo para el pago de pensiones por alimentos), la misma que debe ser proporcional a su función, eficiencia, profesionalización y responsabilidad, y que no forman parte de ésta los ingresos que correspondan a viáticos.

De otra parte, el viático por residencia, materia de su consulta, inicialmente denominado “*compensación por residencia*”, fue creado por el artículo 5 del Mandato Constituyente No. 2¹⁸⁶, para luego ser incorporado en el artículo 124 de la LOSEP, en la cual se cambió su denominación.

El artículo 5 del Mandato Constituyente No. 2 fue interpretado por la Ley No. 46¹⁸⁷, en la cual se determinó que dicha compensación tiene la naturaleza de viático, y se estableció que el mismo deberá ser pagado mensualmente a los servidores públicos en los términos del artículo 229 de la Constitución de la República, siempre que tengan su domicilio habitual fuera de la ciudad en la que presten sus servicios y por tal motivo deban trasladar su residencia y domicilio a otra ciudad.

De su parte, el artículo 124 de la citada ley, define al viático por residencia en los siguientes términos:

“Art. 124.- Viático por gastos de residencia.- Las servidoras y servidores que tuvieren su domicilio habitual, fuera de la ciudad en la cual presten sus servicios y por tal motivo deban trasladar su residencia a otra ciudad de otra provincia, salvo los casos que fundamentadamente apruebe el Ministerio del Trabajo, para cubrir los gastos de vivienda, tendrán derecho a un viático que no podrá superar los tres salarios básicos unificados por mes para los trabajadores en general del sector privado, de conformidad con la norma técnica que para el efecto expida este Ministerio”.

El Reglamento General a la LOSEP, con respecto al viático por residencia, establece lo siguiente:

“Art. 273.- Del viático por gastos de residencia.- Es el estipendio monetario o valor mensual al que tienen derecho las y los servidores de las instituciones establecidas en los artículos 3 y 94 de la LOSEP, por concepto del traslado de su residencia a otra ciudad de otra provincia en la cual debe prestar sus servicios, con el propósito de cubrir los gastos de vivienda.

En caso de que la institución contare con alojamiento propio en el lugar al cual se trasladare la residencia y la servidora o el servidor hiciere uso del mismo, no se pagará este viático.

El Ministerio de Relaciones Laborales emitirá la norma técnica respectiva para establecer

185 Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, Novena Edición actualizada, Págs. 474 y 475.

186 Expedido mediante Decreto Legislativo No. 2, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 261 de 28 de enero de 2008.

187 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 517 de 29 de enero de 2009.

los casos de excepción, en las que se incluyen el traslado en la misma provincia, en las que tendrían derecho a este viático.

Art. 274.- Del valor del viático por gastos de residencia.- Las y los servidores públicos que ocupan puestos establecidos en la Escala del Nivel Jerárquico Superior y las escalas de remuneraciones establecidas por el Ministerio de Relaciones Laborales, que tuvieran su domicilio habitual fuera de la ciudad en la cual deben prestar sus servicios y por tal motivo deban trasladar su residencia personal o familiar a una ciudad de otra provincia o en los casos de excepción establecidos por el Ministerio de Relaciones Laborales, percibirán durante el desempeño de sus funciones un viático por residencia mensual de hasta tres (3) salarios básicos unificados para los trabajadores en general del sector privado, **pago que estará sujeto a las disponibilidades presupuestarias institucionales, de acuerdo a la tabla que para el efecto emita el Ministerio de Relaciones Laborales, contando con el dictamen previo del Ministerio de Finanzas.**

La o el servidor que posterior a la obtención de su nombramiento permanente deba trasladar su residencia y domicilio a otra ciudad de otra provincia, tendrá derecho a este viático”. (El resaltado me corresponde).

De los textos normativos citados se aprecia que, el viático por residencia no constituye remuneración, que compete al Ministerio de Relaciones Laborales, actual Ministerio del Trabajo emitir la norma técnica respectiva, y que tratándose de servidores públicos que ocupan puestos establecidos en la escala del nivel jerárquico superior y las escalas de remuneraciones, su pago estará sujeto a las disponibilidades presupuestarias institucionales.

Mediante oficio No. 07767 de 14 de mayo de 2012¹⁸⁸, la Procuraduría General del Estado, en contestación a varias consultas formuladas con respecto a la aplicación del viático por residencia a funcionarios de libre nombramiento y remoción que ingresaron al nivel jerárquico superior, se pronunció en los siguientes términos:

“(…) Respecto de los servidores de libre remoción, excluidos de la carrera del servicio público que ingresen o no por primera vez, según el artículo 83 de la LOSEP, tienen derecho al viático para gastos de residencia de conformidad con el primer inciso del artículo 274 del Reglamento a la LOSEP, si se configura el presupuesto para el reconocimiento de dicho beneficio, esto es, que el desempeño del puesto obligue al funcionario a trasladar en forma habitual su residencia a un lugar distinto de aquel en que tiene su domicilio personal o familiar, pues conforme se concluyó al atender su segunda consulta, el derecho al pago del viático se debe reconocer cuando el servidor ya ha trasladado su residencia al lugar en el que ejerce el puesto”.

Con posterioridad a la emisión del mencionado pronunciamiento, mediante Decreto Ejecutivo No. 135, se expidieron las Normas de Optimización y Austeridad del Gasto Público, cuyos artículos 1 y 14 disponen lo que sigue:

“Art. 1.- **Ámbito de Aplicación.**- Las disposiciones del presente decreto, en lo concerniente a gasto permanente, son de aplicación obligatoria para todas las instituciones descritas en el artículo 225 de la Constitución de la República del Ecuador, incluidas las Empresas Públicas de la Función Ejecutiva, **con excepción de las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado** y las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos”. (Lo resaltado me corresponde).

“Art. 14.-**Racionalización del pago por viático por gastos de residencia.**- Todas las instituciones del Estado contempladas en el artículo primero del presente decreto, deberán priorizar la contratación de personal residente en la localidad donde presten sus servicios. En el caso de que se autorice la vinculación de personal no residente, no se reconocerá el pago por viático por gastos de residencia, a excepción de la Función Legislativa, de conformidad con la Ley Interpretativa del Artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

El Ministerio del Trabajo revisará la normativa vigente que regula el pago del viático por gastos de residencia a los servidores públicos a fin de que incorpore mecanismos de control que garantice el pago óptimo de este beneficio, en un plazo no mayor de 30 días”.

Por otra parte, el Clasificador Presupuestario de Ingresos y Gastos¹⁸⁹ en el ítem 5 “*Gastos Corrientes*”, numeral 5.3 “*Bienes y Servicios de Consumo*”, define a estos rubros como “*los gastos necesarios para el funcionamiento operacional de la administración del Estado*”; contemplando el ítem 5.3.03 “*Traslados, Instalaciones, Viáticos y Subsistencias*”.

Posteriormente, mediante Acuerdo Ministerial No. 283¹⁹⁰ fue emitida una reforma al citado Clasificador Presupuestario de Ingresos y Gastos, que incorporó al viático por gastos de residencia dentro del ítem de “*Gastos Corrientes*” (5), dentro de “*Bienes y Servicios de Consumo*” (3), en la Subclasificación denominada “*Traslados, Instalaciones, Viáticos y Subsistencias*” (03).

De la normativa analizada se desprende que, el viático por residencia es un gasto corriente, de bienes y servicios de consumo, destinado al funcionamiento operacional de la administración del Estado; considerándose la particularidad de éste viático, que lo diferencia de los viáticos comunes, en cuanto se aplica a los servidores que deben “*trasladar su residencia a otra ciudad de otra provincia*” distinta a la del lugar de su residencia habitual o familiar.

Mediante Acuerdo Ministerial No. MDT-2017-0168, el Ministro del Trabajo emitió la Norma Técnica para el Pago de Viático por Gastos de Residencia y Transporte para las y los Servidores de las Instituciones del Estado, (que derogó la Resolución No. 147 de la extinta SENRES)¹⁹¹, cuyo artículo 2 incluye en su ámbito de aplicación a todas las instituciones del Estado determinadas en el artículo 3 de la LOSEP; y su artículo 3 define a la compensación por residencia, en los siguientes términos:

189 Expedido mediante Acuerdo del Ministerio de Finanzas No. 204, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 273 de 7 de septiembre de 2010.

190 Publicado en el Registro Oficial No. 372 de 27 de enero de 2011.

191 Publicada en el Registro Oficial No. 414 de 29 de agosto de 2008.

“Art. 3.- De la compensación por residencia.- Es el estipendio monetario o valor mensual que las y los servidores de las instituciones del Estado reciben para cubrir los gastos de vivienda, por concepto de traslado de su residencia y domicilio personal o familiar junto con la o el servidor, a otra ciudad en la cual debe prestar sus servicios. Se concederá el viático por gastos de residencia únicamente si el domicilio habitual personal o familiar, de la o el servidor, dista por lo menos 100 Km de la ciudad donde debe trasladar su residencia de la o el servidor”.

De la normativa citada, se desprende que el Ministerio del Trabajo ha reglamentado el pago del viático por residencia establecido en el artículo 124 de la LOSEP y los artículos 273 y 274 de su Reglamento General, en consideración al Decreto Ejecutivo de austeridad No. 135, que en su parte pertinente exhorta a todas las entidades públicas a *“priorizar la contratación de personal residente en la localidad donde presten sus servicios”*.

Considerando que el viático por residencia no es parte de la remuneración mensual unificada de los servidores públicos, sino un ingreso complementario, en atención a los términos de la consulta se concluye que, respecto del personal que integra las Unidades de Auditoría Interna de las entidades públicas, constituye un gasto corriente necesario para el funcionamiento operacional de dichas unidades, por lo que de acuerdo con la parte final del primer inciso del artículo 14 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, el pago de dicho rubro debe ser asumido por la respectiva institución del Estado a la que esa unidad controla, observando para el efecto la disponibilidad presupuestaria existente para dicha erogación, en aplicación del artículo 274 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público.

Corresponde a la respectiva autoridad nominadora priorizar la contratación de personal residente en la localidad en la que deba prestar sus servicios, de conformidad con lo previsto en las Normas de Optimización y Austeridad del Gasto Público.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, siendo responsabilidad de la entidad consultante la verificación de los requisitos para el pago del viático por residencia en cada caso.

PAGO DE UTILIDADES A TRABAJADORES O DEVOLUCIÓN A IESS: UTILIDADES NO COBRADAS.

Oficio PGE No. 01924 de 28-06-2018

CONSULTANTE: MINISTERIO DEL TRABAJO

CONSULTAS:

1. “Si hubiere transcurrido el lapso de un año y las utilidades correspondientes a períodos fiscales anteriores a la expedición de la Ley Orgánica de Justicia Laboral de 20 de abril de 2015 y éstas

se hubieren puesto a disposición de las Direcciones Generales o Subdirecciones generales y no fueron utilizadas, ¿Se convirtieron efectivamente en fondos públicos de conformidad con el Art. 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y pasaron al Presupuesto General del Estado conforme el Art. 167 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas?”

2. “Si las utilidades que se hubieren generado a partir del 20 de abril de 2017 (sic) y no hubieren sido cobradas en el lapso de un año de haberse generado el derecho a dicho cobro, ¿deberán ser remitidas al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para el Fondo de Solidaridad, conforme lo dispone el Art. 106 del Código del Trabajo, en razón que las mismas se convirtieron en fondos públicos a partir de esta fecha, concordantemente con el Art. 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y Art. 167 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas?”
3. “Conforme lo establece el artículo 635 del Código del Trabajo y la Sentencia Constitucional del Ecuador No. 024-15-SIN-C, Caso No. 0036-11-IN, de 01 de julio de 2015 que tiene carácter de vinculante conforme lo establece el numeral 1 del artículo 436 de la Constitución de la República del Ecuador, permiten que por el transcurso del tiempo se consoliden o se extingan derechos; por lo tanto, los trabajadores y ex trabajadores para ser beneficiarios del derecho establecido en el artículo 106 del Código del Trabajo, deben hacerlo dentro de período de un año?”.

BASE LEGAL:

Constitución de la República del Ecuador: Arts. 211, 212, 237 núm. 3 y 326.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas: Art. 167

Código del Trabajo: Arts. 7, 106 inc. Primero, 631 y 635.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado: Arts. 3, 31, 77 y 92.

Reglamento a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado: 22 lit. d).

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

Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar: Art. 20

PRONUNCIAMIENTO:

PRIMERA CONSULTA:

Tanto en el oficio de consulta como en el memorando anexo No. MDT-CGAJ-2018-0276-M de 29 de marzo de 2018 suscrito por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica Subrogante de la Cartera de Estado a su cargo, se mencionan dos informes de auditoría, con el siguiente tenor:

“Informe de Auditoría DAI-AI-1048-2016 aprobada el 29 de septiembre de 2016:

Examen especial al Proceso de participación de las Utilidades de los trabajadores de las personas privadas de los ejercicios económicos 2012, 2013 y 2014, en la Dirección de Análisis Salarial del Ministerio de Relaciones Laborales actual Ministerio del Trabajo.

Conclusión: *‘Los Directores Técnicos de Área de la Dirección Financiera, no dispusieron a (...) efectuar la prescripción de valores de Utilidades, quien no realizó ni informó a su inmediato superior la necesidad de realizar el proceso de prescripción de utilidades, desconociéndose los valores que por consignación de utilidades se encuentran prescritos y se los mantenga como pendientes de pago impidiendo reflejar saldos reales’.*

Recomendación No. 4 dirigido a la Directora Técnica de Área de la Dirección Financiera: *‘Solicitará al Director de Tecnologías de la Información y Comunicaciones, se incluya como proceso del sistema SINACOI la prescripción automática de Utilidades cuando haya transcurrido un año desde su consignación, con el propósito de presentar el saldo real’.*

Informe de Auditoría DAI-AI-1098-2016 aprobado el 3 de octubre de 2016:

Examen Especial al proceso de participación de las utilidades de los trabajadores de las personas jurídicas privadas de los ejercicios económicos 2012, 2013 y 2014, en la dirección regional de trabajo, actual dirección regional de trabajo y servicio público de Loja.

Conclusión: *“Los Servidores públicos 4 como Contadores Regionales, no informaron ni requirieron a la Servidora Pública 5 como Coordinadora de Contabilidad y posterior Servidora Pública 7 como Contadora General, la necesidad de contar con la autorización para la prescripción de Utilidades, lo que dio lugar a que se desconozca los valores que por consignación de utilidades se encuentren prescritos y se los mantenga como pendientes de pago, impidiendo reflejar saldos reales”.*

Recomendación No. 2 dirigido a la Directora Técnica de Área de la Dirección Financiera. No se ha realizado la prescripción de valores de Utilidades: *‘Dispondrá que la Contadora General coordine con el Contador Regional de la Dirección Regional de Trabajo y Servicio Público de Loja, a fin de que realice el informe de prescripción de utilidades no cobradas por los trabajadores, lo que permitirá contar con saldos reales de utilidades pendientes de pago’.*

En el referido memorando No. MDT-CGAJ-2018-0276-M de 29 de marzo de 2018, la Coordinadora General de Asesoría Jurídica, Subrogante, concluye manifestando lo siguiente:

“Concordantemente con lo prescrito en el artículo 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, las recomendaciones emitidas por este órgano de control son de cumplimiento obligatorio; por lo tanto, corresponde cumplir a esta Cartera de Estado lo establecido en la recomendación No. 4 del **Informe de Auditoría DAI-AI-1048-2016 aprobado el 29 de septiembre de 2016**, del Examen Especial al Proceso de participación de las Utilidades de los trabajadores de las personas privadas de los ejercicios económicos 2012, 2013 y 2014 en la Dirección de Análisis Salarial del Ministerio de Relaciones Laborales actual Ministerio del Trabajo y el **Informe de Auditoría DAI-AI-1098-2016 aprobado el 03 de octubre de 2016, recomendación Nro. 2 del Examen Especial al proceso de participación de las utilidades de los trabajadores de las personas jurídicas privadas de los ejercicios económicos 2012, 2013 y 2014, en la dirección regional de trabajo actual dirección regional de trabajo y servicio público de Loja**”.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 211 y 212 de la Constitución de la República, son funciones de la Contraloría General del Estado, entre otras, efectuar el control de la utilización de los recursos estatales y dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno, de las entidades del sector público y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos.

El artículo 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado¹⁹² establece que es función de la Contraloría General del Estado: “(...) 12. Exigir el cumplimiento de las recomendaciones establecidas en los informes de auditoría, exámenes especiales y la aplicación de responsabilidades administrativas y civiles culposas”.

El artículo 77 de la citada Ley Orgánica determina que los Ministros de Estado y las máximas autoridades de las instituciones del Estado, son responsables de los actos, contratos o resoluciones emanados de su autoridad, además de las siguientes atribuciones y obligaciones específicas: “I. Titular de la entidad (...) c) Colaborar y disponer la cooperación del personal a su cargo con los auditores gubernamentales y aplicar las medidas correctivas establecidas en las recomendaciones de auditoría”.

El artículo 92 de la mencionada Ley Orgánica dispone que las recomendaciones de auditoría, una vez comunicadas a las instituciones del Estado y a sus servidores, “deben ser aplicadas de manera inmediata y con el carácter de obligatorio; serán objeto de seguimiento y su inobservancia será sancionada por la Contraloría General del Estado”.

El artículo 22 letra d) del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado¹⁹³, dispone que los resultados provisionales de cada parte del examen de auditoría o examen especial, se darán a conocer tan pronto como se concreten, con la finalidad de: “Facilitar la implantación de las recomendaciones que, de conformidad con el artículo 92 de la Ley, deben ser aplicadas de

192 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 595 de 12 de junio del 2002.

193 Publicado en el Registro Oficial No. 119 de 7 de julio de 2003.

manera inmediata y con carácter obligatorio por parte del titular y funcionarios responsables”.

En atención a la normativa jurídica citada y, considerando que, según se desprende de su oficio, la Contraloría General del Estado ha efectuado en la Cartera de Estado a su cargo, dos auditorías al Proceso de Participación de las Utilidades de los trabajadores de las personas jurídicas privadas de los ejercicios económicos 2012, 2013 y 2014, en las que se ha dispuesto recomendaciones que son de obligatorio cumplimiento, me abstengo de pronunciarme sobre el particular.

SEGUNDA CONSULTA:

(...)

Mediante oficio No. 01339 de 17 de mayo de 2018, este Organismo solicitó al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, el criterio institucional respecto de la consulta antes referida.

En respuesta contenida en oficio No. IESS-DG-2018-0272-OF de 24 de mayo de 2018, el Director General de dicha Entidad de Seguridad Social concluyó manifestando lo siguiente:

“(...) fundamentado en lo prescrito en el Art. 106 del Código del Trabajo, es criterio institucional que los valores que se generan por el no cobro de utilidades por parte de trabajadores o ex trabajadores, deberían ingresar a los fondos pertenecientes al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social conforme la normativa expresa existente”.

La Codificación del Código del Trabajo, publicada en el Registro Oficial No. 162 de 29 de septiembre de 1997, en su artículo 106 inciso primero, establecía lo siguiente:

“Saldo de utilidades no distribuidas.- Si hubiere algún saldo por concepto de utilidades no cobradas por los trabajadores, el empleador lo depositará en el Banco Central del Ecuador a órdenes del Director General o Subdirector del Trabajo, en sus respectivas jurisdicciones, a más tardar dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que debió efectuarse el pago, a fin de cancelar dicho saldo a los titulares. Si transcurrido un año del depósito, el trabajador o trabajadores no hubieren efectuado el cobro, el saldo existente incrementará automáticamente los fondos a los que se refiere el artículo 631 de este Código”.

El artículo 631 de la mencionada Codificación (actualmente consta como artículo 633 en la codificación publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 167 de 16 de diciembre de 2005), disponía lo siguiente:

“Inversión del producto de las multas.- El producto de las multas será invertido, cuando no estuviere especialmente determinado su destino, en los objetos que la Dirección General del Trabajo o las Subdirecciones estimen conducentes para el mejoramiento de los servicios que

ellas presten. A este efecto, las autoridades que hayan recaudado las multas, las remitirán a la Dirección o la respectiva Subdirección del Trabajo bajo pena de destitución”.

El vigente artículo 106 del Código del Trabajo, reformado por el artículo 20 de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar¹⁹⁴, en sus incisos primero y segundo determina lo siguiente:

“Utilidades no cobradas.- La parte empleadora está obligada a agotar sus esfuerzos para entregar de forma directa el beneficio de utilidades a sus trabajadores. Si hubiere utilidades no cobradas por las personas trabajadoras o ex trabajadoras, la parte empleadora las depositará a beneficio de estos en una cuenta del Sistema Financiero Nacional, a más tardar, dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que debió efectuarse el pago, debiendo además la parte empleadora publicar por la prensa la nómina de las personas trabajadoras o ex trabajadoras beneficiarios de este derecho, que les corresponde a cada una de ellas, a través de un diario de circulación nacional o local.

Si transcurrido un año del depósito, la persona trabajadora o ex trabajadora no hubiere efectuado el cobro, la parte empleadora, en el plazo de quince (15) días, depositará los valores no cobrados en la cuenta que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social establezca para el efecto, y a partir del vencimiento de plazo ese monto se destinará para el Régimen Solidario de Seguridad Social (...).”

Mediante Acuerdo No. MDT-2018-0106, publicado en el Registro Oficial No. 255 de 5 de junio de 2018, el Ministro del Trabajo expidió el “Instructivo en caso de utilidades no cobradas por el trabajador o ex trabajador”, que en su artículo 7 se remite al artículo 106 reformado del Código del Trabajo, según se aprecia de su tenor, que es el siguiente:

“Art. 7.- Depósito de los valores no cobrados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social - IESS.- Si transcurrido un año del depósito de las utilidades no cobradas en la cuenta del Sistema Financiero Nacional, el trabajador o ex trabajador no hubiere efectuado el cobro de forma directa, el empleador en el plazo de quince (15) días, depositará estos valores en la cuenta que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social establezca para el efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 106 del Código del Trabajo”.

La duda que motiva su consulta se circunscribe a que el referido artículo 106 del Código del Trabajo, no determina si las utilidades no cobradas por el trabajador o ex trabajador, que se depositen por los empleadores en la cuenta que establezca el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, deban ser consideradas recursos públicos; para lo cual invoca los artículos 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y 167 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

El artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, referido a los recursos públicos, en su inciso primero prescribe: “Para efecto de esta Ley se entenderán por recursos públicos, todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes,

194 Publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 483 de 20 de abril de 2015.

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 su parte, el artículo 167 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas en su inciso primero dispone: “Excedentes.- Todos los excedentes de caja de los presupuestos de las entidades del Presupuesto General del Estado, al finalizar el año fiscal se constituirán en ingresos de caja del Presupuesto General del Estado del siguiente ejercicio fiscal”.

Del análisis del artículo 106 del Código del Trabajo se desprende que ni, antes ni después de la reforma introducida por la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, dicha disposición definió o define expresamente la naturaleza de los recursos depositados por los empleadores provenientes de las utilidades no cobradas por los trabajadores, destinados en el primer caso, para incrementar los fondos de la Dirección General o Subdirecciones del Trabajo para el mejoramiento de los servicios que ellas presten; en tanto que, a partir de su reforma, respecto de las utilidades no cobradas oportunamente por el trabajador o ex trabajador, dispone que los valores sean depositados en la cuenta que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social establezca para el efecto, para que sean destinados al Régimen Solidario de Seguridad Social.

En virtud de lo expuesto se concluye que, si las utilidades que se hubieren generado a partir del 20 de abril de 2015, no hubieren sido cobradas por el trabajador o ex trabajador, en el plazo previsto por el artículo 106 del Código de Trabajo, una vez que dichos valores sean depositados en la cuenta que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social establezca para el efecto, deben ser considerados recursos públicos, en razón de que la citada norma destina esos fondos al Régimen Solidario de Seguridad Social, por lo que se cumple la premisa que establece el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, según el cual se entienden por recursos públicos, los fondos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan. Lo dicho, sin perjuicio del derecho del que se considere asistido el trabajador o ex trabajador, para reclamar de conformidad con la Ley.

TERCERA CONSULTA:

(...)

En los considerandos de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, se señala que: “(...) de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 326 de la Carta Magna, los derechos laborales son irrenunciables e intangibles, siendo nula toda estipulación en contrario”.

Por otra parte, en los antecedentes de su oficio y en el memorando No. MDT -CGAJ-2018-0276-M de 29 de marzo de 2018, se menciona la Sentencia No. 024-15-SIN-CC expedida por la Corte Constitucional, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 575 de 28 de agosto de 2015, que en lo procedente manifiesta lo siguiente:

“(…) La Ley Orgánica de Justicia Laboral establece del artículo 1 al 59, las reformas al Código del Trabajo, sin que estas modifiquen el texto del artículo 635 del mencionado código... la vigencia del referido artículo 635, responde a que se lo incluyó en un primer momento dentro del Código del Trabajo y en un segundo momento, al no ser modificado o derogado por la Ley Orgánica de Justicia Laboral, lo que justifica su constitucionalidad formal... de la relación laboral, eminentemente contractual, respecto del empleador, surge la obligación de satisfacer, de manera completa y oportuna, los derechos individuales y colectivos del trabajador, destacándose, entre los primeros, la referente al pago de la remuneración y demás beneficios de carácter económico, establecidos, a partir del marco constitucional en el Código del Trabajo, en la Ley de Justicia Laboral y en el contrato laboral, sea este individual o colectivo, obligaciones que en la mayoría de los casos, deben cubrirse mientras dura efectivamente, la relación laboral, debiendo también hacerlo aún, después de que esta concluya, si por alguna razón no han sido satisfechas de manera oportuna... El artículo 635 del Código del Trabajo que se refiere a la ‘prescripción de las acciones provenientes de actos o contratos’, establece que ‘las acciones provenientes de los actos y contratos de trabajo prescriben en tres años, contados desde la terminación de la relación laboral, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos que siguen y en los demás casos de prescripción de corto tiempo, especialmente contemplados en este Código... es clara la intención del legislador, quien al establecer un tiempo máximo prudencial, limitó el ejercicio de las acciones con el propósito de que sea, a través de la prescripción (al decurrir un determinado tiempo), que se extinga la accionabilidad de los procesos jurídicos laborales... La regla entonces, en materia de extinción por prescripción de las acciones provenientes de actos o contratos una vez fenecida la relación laboral, está dada por la restricción para accionar reclamos de beneficios laborales, una vez cumplida la condición constante en la norma, esto es, el transcurso de tres años (...)”.

La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 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 competencia 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 aplicación de las 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 3 reitera los principios legales antes citados, en todo lo que no contravenga a la indicada disposición constitucional.

De la lectura de los términos de su tercera consulta, se evidencia que la misma no está dirigida a la inteligencia o aplicación de una norma jurídica, según la esfera de mis competencias previstas 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, sino que trata sobre la Sentencia expedida por la Corte Constitucional respecto de la prescripción de las acciones provenientes de los actos o contratos de trabajo, prevista en el artículo 635 del Código de Trabajo; razón por la cual, con fundamento en la normativa jurídica citada, me abstengo de atender su requerimiento.

PATENTES DE OPERACIÓN TURÍSTICA A FAVOR DE LOS ACTUALES TITULARES DE PERMISOS DE OPERACIÓN TURÍSTICA

Oficio PGE No. 01570 de 05-06-2018

CONSULTANTE: CONSEJO DE GOBIERNO DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE GALÁPAGOS

CONSULTAS:

1. “¿Son aplicables a los permisos de operación turística otorgados antes del 11 de junio de 2015, los artículos 63, 64, 65, 67, 68, 69 y 71 de la Ley Orgánica de Régimen Especial de la Provincia de Galápagos; y, 59, 66, 68, 69, 70 y 71 de su Reglamento General de Aplicación?”.
2. ¿Según lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 59 del Reglamento General de Aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Especial de la Provincia de Galápagos, es el Pleno del Consejo de Gobierno del Régimen Especial de la provincia de Galápagos, el órgano competente para la expedición de las patentes de operación turística a favor de los actuales titulares de permisos de operación turística?”.

BASE LEGAL:

Constitución de la República del Ecuador: Arts. 226, 242 y 258.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización: Arts. 104.

Código Civil, Art. 7

Ley Orgánica de Régimen Especial de la Provincia de Galápagos: Arts. 1, 4, 63, 64, 65, 67, 68 69 y 71.

Reglamento a la Ley Orgánica de Régimen Especial de la Provincia de Galápagos: 9, 59, 63, 66, 68, 69, 70, 71 y Disp. Trans. Cuarta, Quinta

Reglamento Especial de Turismo en Áreas Protegidas –RETANP: Disp. General Décima Tercera.

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

De manera previa a atender su requerimiento y a fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficio No. 01119 de 3 de mayo de 2018, la Procuraduría General del Estado requirió el criterio institucional del Ministerio del Ambiente, lo cual fue atendido a través del oficio No. MAE-CGJ-2018-0014-O de 18 de mayo de 2018, suscrito por la Coordinadora General Jurídica de dicha Cartera de Estado.

Adicionalmente, mediante oficio No. 01120 de 3 de mayo de 2018, este Organismo solicitó el criterio institucional del Ministerio de Turismo, habiendo recibido respuesta a través del oficio No. MT-MINTUR-2018-1073 de 22 de mayo de 2018, ingresado en la misma fecha y suscrito por el Ministro de Turismo Subrogante.

Como anexo a su oficio de consulta, se ha remitido el informe jurídico contenido en el memorando No. CGREG-DAJ-2018-0114-MEMO de 23 de abril de 2018, suscrito por la Directora de Asesoría Jurídica, encargada, quien cita como fundamentos jurídicos los artículos 242 y 258 de la Constitución de la República; 1, 4 y 63 ubicado este último en el Título VI denominado “Las Actividades Productivas en la Provincia de Galápagos”, Capítulo II “Actividad Turística” de la Ley Orgánica de Régimen Especial de la Provincia de Galápagos y 59 de su Reglamento General; y la Disposición General Décima Tercera del Reglamento Especial de Turismo en Áreas Protegidas –RETANP.

Sus consultas se refieren a la Ley Orgánica de Régimen Especial de la Provincia de Galápagos (en adelante LOREG), publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 520 de 11 de junio de 2015, y por tratar sobre la misma materia las atiendo de manera conjunta.

En su oficio de consulta, entre otros, se señalan los siguientes antecedentes:

“(...) existe por estos días una incipiente confusión en el sector turístico de la Provincia de Galápagos respecto a si son aplicables a los permisos de operación turísticos conferidos **antes del 11 de junio de 2015**, los artículos 63, 64, 65, 67, 68 69 y 71 de la vigente Ley Orgánica de Régimen Especial de la Provincia de Galápagos; y, 59, 66, 68, 69, 70 y 71 de su Reglamento General de Aplicación; así como la duda sobre cuál (sic) es la autoridad competente para la expedición de las patentes de operación turística a las que se refieren, tanto el segundo inciso del artículo 63 de la Ley Orgánica de Régimen Especial de la Provincia de Galápagos, como el segundo inciso del artículo 59 de su Reglamento General de Aplicación.

Estas incertidumbres se originan en dos circunstancias:

La primera, en el hecho de que antes de la vigencia de la actual Ley Orgánica de Régimen Especial de la Provincia de Galápagos, la emisión de las patentes de operación turística estaba a cargo de la Dirección del Parque Nacional Galápagos, con arreglo a lo establecido

en el Estatuto Administrativo del Parque Nacional Galápagos; y,

La segunda, en la interpretación – a nuestro criterio, extensiva- que algunos actores del sector turístico han dado a la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley Orgánica de Régimen Especial de Galápagos”

(...) Consecuentemente, sería un supino error jurídico afirmar que lo que pretende la disposición transitoria en alusión es, también, mantener vigentes las normas al amparo de las cuales se otorgaron permisos de operación turística antes de la actual Ley Orgánica de Régimen Especial de la Provincia de Galápagos, aun cuando ésta las hubiere derogado o contravengan flagrantemente su contenido”. (El resaltado corresponde al texto original)

El informe jurídico de la entidad consultante, expone un solo criterio respecto de las dos consultas formuladas, en el que manifiesta y concluye lo siguiente:

“ (...) De todo lo expresado *ut supra*, podemos fácilmente deducir que, acorde a lo prescrito en la Disposición General Décima Tercera del Reglamento Especial de Turismo en Áreas Naturales Protegidas, el régimen legal que gobierna a todos los permisos de operación turística, esto es, tanto a los otorgados antes de la vigencia de la actual Ley Orgánica de Régimen Especial de la provincia de Galápagos, acaecida el **11 de junio de 2015**, como aquellos que se confieran a partir de esta fecha, es el contemplado en dicha ley y, por supuesto, su reglamento general de aplicación, lo que implica, inexcusablemente, que las personas naturales y jurídicas que actualmente son titulares de permisos de operación turística, sin perjuicio de la época en que estos les hubieran sido concedidos, deben sujetarse, **en lo que fuere pertinente**, a las regulaciones contempladas en esos cuerpos normativos y demás legislación conexas.

Manifestado de otro modo, todos los titulares de permisos de operación turística, con abstracción de la fecha en que estos les fueron otorgados, están sometidos a las prohibiciones, limitaciones, derechos y obligaciones previstos en la Ley Orgánica de Régimen Especial de la Provincia de Galápagos como su Reglamento General de Aplicación. Esto implica, evidentemente, que si el titular de un permiso de operación turística, obtenido en el año 2000 o en el 2009, es decir, antes de la vigencia de la Ley en comento, incurre en cualquiera de las causales de revocatoria enlistadas en el artículo 67, podrá sufrir la extinción del permiso, siempre que se cumpla con el procedimiento administrativo previsto en el artículo 68 del mencionado reglamento. Lo mismo ocurre con la expedición de las patentes de operación turística, que en este tiempo, por mandato del artículo 59 del reglamento *ibidem*, es una atribución privativa del Pleno del Consejo de Gobierno del Régimen Especial de la Provincia de Galápagos.

(...)

Por todos los argumentos precedentes y a la luz de la **interpretación sistemática** que debe darse a las normas, **es criterio de esta Dirección de Asesoría Jurídica**, que los

artículos 63, 64, 65, 67, 68, 69 y 71 de la Ley Orgánica de Régimen Especial de la Provincia de Galápagos; y, 59, 66, 68, 69, 70 y 71 de su Reglamento General de Aplicación, así como aquellas regulaciones secundarias que no se opongan a estos cuerpos *erga omnes* **son plenamente aplicables** a los permisos de operación turística conferidos antes del año 2009 y a partir de éste, por supuesto, sin afectar las condiciones y plazos de los mismos, tal como lo precisa la Disposición Transitoria Cuarta de la ley en comento, siendo por tanto, atribución del Pleno del Consejo de Gobierno, la expedición de la correspondiente patente de operación turística, acorde a lo prescrito en el artículo 59 del reglamento de marras”.

La Coordinadora General Jurídica del Ministerio del Ambiente, en el oficio No. MAE-CGJ-2018-0041-O de 18 de mayo de 2018, cita además de las normas que invoca la consulta, el numeral 11 del artículo 7 del Código Civil, las Disposiciones General Décimo Quinta y Transitoria Cuarta de la LOREG; y, el artículo 9 y la Disposición General Décimo Tercera del Reglamento Especial de Turismo en Áreas Naturales Protegidas (RETANP); en base de los cuales concluye con el siguiente criterio institucional:

“(…) Si bien, el articulado en mención no hace referencia alguna respecto al régimen al cual están sujetos los permisos de operación turística otorgados previo a la expedición de la Ley en el 2015 y el Reglamento del 2017, es necesario remitirse a lo dispuesto en la Disposición General Décimo Tercera del RETANP, a fin de evidenciar que en lo aplicable, los permisos de operación turística estarían sujetos a lo dispuesto en el presente articulado. En este sentido, corresponde al Pleno del CGREG –el cual es un cuerpo colegiado- extender la patente de operación turística a los permisos de operación turística otorgados con anterioridad al 2015, por cuanto los mismos cumplen con los requisitos de: 1. Contar con permiso de operación turística; y, 2.- Tener suscrito el contrato administrativo, que si bien no está firmado por el representante de CGREC si no con la máxima autoridad de la Dirección del Parque Nacional Galápagos, se entendería que dicho requisito se halla cumplido; resultando la extensión de la patente de operación turística una atribución del Pleno del CGREG.

En relación a lo dispuesto en los artículos 66, 68, 69, 70 y 71 del Reglamento General de Aplicación a la LOREG, esta Cartera de Estado considera que son aplicables a los permisos de operación turística otorgados previo a la expedición de la LOREG en el año 2015, por los argumentos ya señalados en líneas anteriores. En conclusión, esta Cartera de Estado considera que son aplicables a los permisos de operación turística otorgados antes del 11 de junio de 2015, **los artículos 64, 65 (segundo inciso), 67, 68, 69 y 71 de la Ley Orgánica de Régimen Especial de la Provincia de Galápagos; y, 59, 66, 68, 69, 70 y 71 de su Reglamento General de Aplicación.**

(…) En este sentido, el artículo 59 del Reglamento General de Aplicación a la LOREG ha señalado como atribución del Pleno del CGREG la emisión de las patentes de operación turística al establecer que ‘(…) *el Pleno del Consejo de Gobierno deberá otorgar la respectiva patente de operación turística al adjudicatario (...)*’. Por lo tanto, el pleno del CGREG –órgano colegiado- tiene la atribución para la expedición de dicho acto administrativo”.

Por su parte, el Ministro de Turismo Subrogante, en el oficio No. MT-MINTUR-2018-1073 de 22 de mayo de 2018, cita los artículos 226, 242 y 258 de la Constitución de la República; 104 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; 1, 4 y Disposición Transitoria

Cuarta de la LOREG; 11 y 59 de su Reglamento General; 7 del Código Civil; y la Disposición General Décimo Tercera del Reglamento Especial de Turismo en Áreas Naturales Protegidas, con base en los cuales concluye con el siguiente criterio institucional:

“Atendiendo la consulta emitida, y observando tanto la normativa previamente mencionada, así como el principio de ilegalidad (sic) e irretroactividad, consideramos oportuno enunciar lo manifestado por la Corte Constitucional en la sentencia No. 015-10-SEP-CC, misma que señala: ‘(...) *Las Constituciones de nuestros países garantizan la seguridad jurídica a través de algunas concreciones como: el principio de la legalidad, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (...)*’; por lo que, los permisos de operación turística otorgados antes de la vigencia de la LOREG y su Reglamento General de aplicación, deben someterse a las normativas mencionadas, por cuanto dicha regulación pasó a formar parte del ordenamiento jurídico vigente y de obligatorio cumplimiento en el territorio ecuatoriano.

Es importante enfatizar que las normas una vez expedidas y publicadas se entienden como de conocimiento general razón por la cual su desconocimiento no exime de su cumplimiento ni observancia.

(...) La provincia de Galápagos tiene un gobierno de régimen especial en función de los principios de conservación del patrimonio natural del Estado y del buen vivir, mismo que se encuentra reconocido en nuestra Constitución, cuya administración está a cargo del Consejo de Gobierno, el mismo que a través del Pleno del Consejo tiene la facultad de otorgar la respectiva patente de operación turística previo concurso público, mediante la celebración de un contrato administrativo que será suscrito por el Presidente del Organismo, conforme lo dispone el Reglamento General para la aplicación de la Ley Orgánica del Régimen Especial para la provincia de Galápagos”.

Para atender sus consultas se considera como antecedente que los artículos 242 y 258 de la Constitución de la República¹⁹⁵, en cuanto a la organización del Estado y el régimen especial para la provincia de Galápagos, disponen en su orden lo siguiente:

“Art. 242.- El Estado se organiza territorialmente en regiones, provincias, cantones y parroquias rurales. Por razones de conservación ambiental, étnico-culturales o de población podrán constituirse regímenes especiales.

Los distritos metropolitanos autónomos, la provincia de Galápagos y las circunscripciones territoriales indígenas y pluriculturales serán regímenes especiales”.

“Art. 258.- La provincia de Galápagos tendrá un gobierno de régimen especial. Su planificación y desarrollo se organizará en función de un estricto apego a los principios de conservación del patrimonio natural del Estado y del buen vivir, de conformidad con lo que la ley determine.

Su administración estará a cargo de un Consejo de Gobierno presidido por el representante de la Presidencia de la República e integrado por las alcaldesas y alcaldes de los municipios de la provincia de Galápagos, representante de las juntas parroquiales y los representantes de los organismos que determine la ley.

Dicho Consejo de Gobierno tendrá a su cargo la planificación, manejo de los recursos y organización de las actividades que se realicen en la provincia. La ley definirá el organismo que actuará en calidad de secretaría técnica.

Para la protección del distrito especial de Galápagos se limitarán los derechos de migración interna, trabajo o cualquier otra actividad pública o privada que pueda afectar al ambiente. En materia de ordenamiento territorial, el Consejo de Gobierno dictará las políticas en coordinación con los municipios y juntas parroquiales, quienes las ejecutarán.

Las personas residentes permanentes afectadas por la limitación de los derechos tendrán acceso preferente a los recursos naturales y a las actividades ambientalmente sustentables”.

El inciso primero del artículo 104 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización¹⁹⁶, prevé que la provincia de Galápagos constituye un régimen especial de gobierno en razón de sus particularidades ambientales y por constituir patrimonio natural de la humanidad y dispone que su territorio sea administrado por un consejo de gobierno, en la forma prevista en la Constitución, el COOTAD y la ley que regule el régimen especial de Galápagos.

Concordante, la LOREG en su artículo 1 norma el objeto y ámbito de la misma y establece que dicho cuerpo legal regula el régimen especial que rige en la provincia de Galápagos e instituye el régimen jurídico administrativo al que se sujetan, en el ámbito de sus competencias, el Consejo de Gobierno del Régimen Especial de la provincia de Galápagos, los Gobiernos Autónomos Descentralizados y los organismos de todas las funciones del Estado, así como todas las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras que se encuentran dentro o que realicen actividades en la provincia de Galápagos.

Es importante señalar que la Derogatoria Primera de la LOREG dispuso la derogatoria de la Ley Orgánica Especial para la Conservación y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Galápagos, publicada en el Registro Oficial No. 278 de 18 de marzo de 1998 y sus posteriores reformas, el cuerpo normativo que en su artículo 47 y Disposición Transitoria Cuarta, se refería a las autorizaciones de operación turística para la provincia de Galápagos, previendo que se sujetaban al Reglamento Especial de Turismo en Áreas Naturales Protegidas¹⁹⁷.

El artículo 4 de la actualmente vigente LOREG prescribe que el Consejo de Gobierno del Régimen Especial de la provincia de Galápagos es una entidad autónoma de derecho público, con personalidad jurídica, patrimonio y recursos económicos propios, a la cual compete la planificación, el manejo de los recursos, la organización de las actividades que se realicen en el territorio de la provincia de Galápagos y la coordinación interinstitucional con las instituciones del Estado, en el ámbito de sus competencias.

196 Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010.

197 Expedido mediante Decreto Ejecutivo 3045, publicado en el Registro Oficial No. 656, del 5 de septiembre de 2002, derogado por Reglamento Especial de Turismo en Áreas Naturales Protegidas, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 672 de 19 de enero de 2016.

De las normas hasta aquí mencionadas, se desprende que la provincia de Galápagos, por razones ambientales y de conservación, se sujeta a un régimen especial, el cual se aplica al Consejo de Gobierno de dicha provincia, sus Gobiernos Autónomos Descentralizados, las funciones y organismos del Estado y todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que realicen actividades dentro de dicha provincia; y que le corresponde al indicado Consejo de Gobierno, la planificación y manejo de los recursos, así como la organización de las actividades que se realicen en ese territorio, en coordinación con otras instituciones en el ámbito de sus competencias.

Dentro del contexto que ha quedado señalado, el Título VI de la LOREG, regula “Las Actividades Productivas en la Provincia de Galápagos” y particularmente, el Capítulo II norma la “Actividad Turística”, con relación a la cual, el artículo 63 se refiere a los permisos de operación de embarcaciones turísticas, en los siguientes términos:

“Art. 63.- Titularidad de los permisos de operación de embarcación turística. El Pleno del Consejo de Gobierno del Régimen Especial de la provincia de Galápagos, previo concurso público realizado por la Secretaría Técnica del Consejo, otorgará los permisos de operación turística a través de la suscripción de un contrato de conformidad con la presente Ley, su Reglamento y los que regulen el manejo y control de las áreas naturales protegidas.

En el contrato de permisos de operación turística estarán debidamente estipuladas las condiciones que regirán el ejercicio del derecho de operación turística. Dicho contrato es requisito indispensable para la expedición de la correspondiente patente de operación turística, en la que constará la capacidad máxima de pasajeros considerando el límite aceptable de carga de dicha operación y especificaciones técnicas de la embarcación.

La Secretaría Técnica del Consejo de Gobierno llevará el registro de los contratos de permisos de operación turística”.

Concordante, el artículo 59 del Reglamento General a la LOREG dispone lo siguiente:

“Art. 59.- Otorgamiento de permisos de operación turística.- El Pleno del Consejo de Gobierno, previo concurso público, otorgará los permisos de operación turística, mediante la celebración de un contrato administrativo, que será suscrito por el Presidente del organismo y el adjudicatario ganador del concurso o su representante legal o apoderado.

Dicho contrato administrativo contendrá las condiciones que regirán el ejercicio del derecho de operación turística. Tales condiciones serán las establecidas en los pliegos del concurso y en la legislación vigente. Una vez suscrito el contrato, el Pleno del Consejo de Gobierno deberá otorgar la respectiva patente de operación turística al adjudicatario, conforme fuere correspondiente.

Es facultad privativa del Pleno del Consejo de Gobierno del Régimen Especial de la provincia de Galápagos la aprobación de los pliegos, la convocatoria al concurso, la adjudicación de los permisos de operación turística y la declaratoria de desierto del concurso”.

Las normas anteriormente invocadas determinan la competencia del Pleno del Consejo de Gobierno del Régimen Especial de la provincia de Galápagos, para otorgar los permisos de operación turística, a través de la suscripción de un contrato, previo concurso realizado por la Secretaría Técnica de ese Consejo; prevén que en el contrato se estipularán “las condiciones que regirán el ejercicio del derecho de operación turística”; y, establecen que una vez suscrito el contrato, el Pleno del Consejo de Gobierno deberá otorgar la respectiva patente de operación turística al adjudicatario.

Su primera consulta, se refiere a los permisos de operación concedidos con anterioridad a la promulgación de la LOREG y tiene por finalidad determinar si están sujetos a los artículos 63, 64, 65, 67, 68, 69 y 71 de esa Ley, ubicados en el Capítulo II que norma la Actividad Turística.

Los artículos 63 de la LOREG y 59 de su Reglamento General, ya citados confieren al Pleno del Consejo de Gobierno de la provincia de Galápagos, competencia para otorgar los permisos de operación turística mediante contrato y previo concurso, luego de lo cual, a ese órgano colegiado le corresponde otorgar la patente de operación turística.

Por su parte, el artículo 64 de la LOREG norma el otorgamiento del permiso de operación turística para personas naturales, confiriéndole el carácter de intuito personae, y previendo que se conceda preferentemente a los residentes permanentes, quienes no pueden participar a la vez como socios de una persona jurídica para el mismo efecto; según esa norma, los permisos son intransferibles e intransmisibles, no podrán ejercerse a través de terceros, no pueden ser objeto de venta, reventa, permuta, asociaciones, arrendamiento o cualquier otra forma de cesión de derechos, ni tampoco podrán adaptarse a fideicomisos o al capital de sociedades, ni a cualquier otra figura de naturaleza similar. Añade la norma que, el incumplimiento de las condiciones, así como la defraudación tributaria legalmente establecida, serán causales de terminación del permiso de operación turística, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que se generen.

Con respecto al otorgamiento del permiso de operación turística para personas jurídicas, el artículo 65 de la Ley Orgánica ibídem, prevé que se podrá conceder a personas jurídicas de responsabilidad limitada con domicilio en la misma provincia, legalmente constituidas, preferentemente por residentes permanentes de la provincia de Galápagos y con sujeción a las mismas prohibiciones previstas en el artículo anterior. Establece además que todo acto societario que implique el traspaso del 25% o más del capital social de la persona jurídica, sin perjuicio de lo establecido en la Ley de Compañías, deberá ser autorizado por el Consejo de Gobierno.

El artículo 66 de la Ley Orgánica que se comenta, prevé la acción afirmativa a favor de los residentes permanentes que participen en concursos públicos y calificación para obtener permisos de operación turística, con la finalidad de desarrollar actividades turísticas ambientalmente sostenibles.

El artículo 67 de la LOREG establece las causales de terminación del permiso de operación turística en el área protegida; y, el artículo 68 de la misma Ley prohíbe que se otorgue a más de una persona por familia, para cuyo efecto considera el parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad; y, agrega que “Las personas naturales y jurídicas y sus partes relacionadas¹⁹⁸ no podrán ser adjudicatarias de más de un permiso de operación turística y no se podrán unir

198 Al efecto, el artículo 71 del Reglamento General de la LOREG establece que se considerarán partes relacionadas a las establecidas en el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 4 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno.

permisos de operación para la operación de una sola embarcación”.

El artículo 69 de la LOREG determina que en el caso de fallecimiento del titular del permiso de operación turística, sus herederos, siempre que fueren residentes permanentes, tendrán derecho a seguir utilizando el permiso por el lapso restante de su vigencia, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley y los reglamentos respectivos.

De otra parte, el artículo 71 *ibidem* prescribe que los titulares de los permisos de operación turística deberán ser propietarios de las embarcaciones que se destinen al desarrollo de actividades turísticas, y para su enajenación, transferencia a cualquier título, arrendamiento mercantil o leasing y/o reemplazo de embarcación, se requerirá autorización de la Autoridad Ambiental Nacional, sobre la base de las directrices que la indicada norma establece, así como del reglamento que dicha autoridad emita.

En cuanto a las normas del Reglamento General de Aplicación de la LOREG, que se mencionan en su primera consulta, es necesario señalar que el artículo 66 se refiere al trámite para el otorgamiento del permiso de operación turística a favor de los herederos, en el caso de fallecimiento del titular del permiso.

El artículo 68 del mismo reglamento determina el procedimiento para la revocatoria del permiso de operación turística; el artículo 69 *ibidem* dispone que para determinar si el titular del permiso incurrió en la causal de revocatoria establecida en la letra h) del artículo 67 de la Ley (vinculación o domicilio en paraísos fiscales), se atenderá a aquellos países que hayan sido declarados paraísos fiscales por el Servicio de Rentas Internas; y, el artículo 70 del mismo reglamento determina que la persona natural o jurídica a la que se le hubiere revocado, por cualquiera causa, la titularidad de un permiso de operación turística, no podrá participar en ningún concurso público para el otorgamiento de permisos de operación turística en la provincia de Galápagos.

Con relación a los permisos de operación otorgados a partir del año 2009, esto es antes de la promulgación de la LOREG, tema que motiva su primera consulta, la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley Orgánica en mención dispone lo siguiente:

“Cuarta. - Los permisos de operación turística o patentes otorgadas a personas naturales o jurídicas a partir del año 2009, permanecerán vigentes en el plazo y condiciones en los que fueron originalmente concedidos por la autoridad competente. En el caso de los permisos de operación turística concedidos antes del año 2009, estos permanecerán vigentes bajo las mismas condiciones que fueron originalmente concedidos por el plazo perentorio de nueve años a partir de la vigencia de esta Ley y serán transmisibles por causa de muerte durante el tiempo que reste para el vencimiento del plazo. Los titulares de tales permisos podrán participar en los nuevos concursos, que deberán convocarse con tres años de anticipación a la fecha de expiración de los permisos de operación turística. Dicho concurso se someterá a lo establecido en esta Ley y la normativa aplicable”.

En lo principal, la norma invocada ratifica la vigencia de los permisos de operación turística o patentes otorgadas a personas naturales o jurídicas a partir del año 2009, por el plazo y condiciones

concedidos; y, respecto de los permisos de operación turística concedidos antes del año 2009, establece que permanecerán vigentes por el plazo perentorio de nueve años a partir de la vigencia de la LOREG.

De otra parte, es necesario señalar que el numeral 2 del artículo 85 de la Constitución de la República, consagra la prevalencia del interés general respecto del interés particular y habilita a la administración para adoptar medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.

En este punto es necesario referirme a la vigencia de la ley y al principio de irretroactividad, respecto de lo cual los artículos 6 y 7 del Código Civil¹⁹⁹, disponen:

“Art. 6.- 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.

Podrá sin embargo, en la misma ley, designarse un plazo especial para su vigencia a partir de su promulgación”.

“Art. 7.- Irretroactividad. Reglas para conflictos de ley.- La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo (...)”.

Sobre la aplicación de la ley desde el día de su entrada en vigor, los tratadistas Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic²⁰⁰ comentan:

“Los hechos, relaciones o situaciones jurídicas que han surgido y producido todos sus efectos bajo el imperio de la ley antigua, no son, naturalmente, alcanzados por la nueva norma. Pero el problema se presenta con respecto a los hechos, relaciones o situaciones que han nacido al amparo de los preceptos de una ley y por una razón cualquiera vienen a desarrollarse o a producir todos o algunos de sus efectos cuando dicha norma ya no rige y tiene imperio otra (...).

Solo la ley nueva, desde su entrada en vigor, rige el porvenir. Aquí hablamos de efecto inmediato: la ley nueva no permite más la subsistencia de la ley antigua, ni siquiera para las situaciones jurídicas nacidas en el tiempo en que esta última regía; los efectos de ella producidos *después* de la entrada en vigor de la nueva norma, quedan sujetos a ésta, en virtud del efecto inmediato.

El efecto inmediato debe considerarse como la regla general. La ley nueva se aplica desde su promulgación a todas las situaciones que se produzcan en el porvenir y a todos los efectos, sea que emanen de situaciones jurídicas nacidas antes de la vigencia de la nueva ley o después. Por lo tanto, en principio, la ley nueva debe aplicarse inmediatamente desde

199 Codificación publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

200 Tratado de Derecho Civil, Partes Preliminar y General, Séptima Edición, Tomo Primero, Editorial Jurídica de Chile, 20015, Pág. 222 y 223.

el día fijado para su entrada en vigencia, de acuerdo con la teoría de la promulgación de las leyes (...)."

Complementan los mismos autores²⁰¹:

"Las leyes que pertenecen al Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo reciben una aplicación inmediata, es decir, rigen desde su entrada en vigor, tanto las *situaciones jurídicas* que nacen a partir de esa fecha como las consecuencias que surgen desde esa misma fecha pero de situaciones nacidas antes. Esto no significa efecto retroactivo sino inmediato".

La Disposición Final Cuarta de la LOREG determina que dicho cuerpo legal entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial; adicionalmente, debe considerarse la Disposición General Décimo Tercera del Reglamento Especial de Turismo en Áreas Naturales Protegidas²⁰² que prescribe lo siguiente:

"DECIMATERCERA. - Las personas naturales y jurídicas que con anterioridad a la publicación de la Ley Orgánica de Régimen Especial para la Provincia de Galápagos y este Reglamento, hubieren obtenido cupos, patentes y/o autorizaciones de operación turística, efectuarán sus actividades de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Régimen Especial de la provincia de Galápagos".

De las normas citadas se observa que, la Disposición Transitoria Cuarta de la LOREG se refiere en forma expresa a los permisos de operación turística o patentes otorgadas a personas naturales o jurídicas antes de la promulgación de esa Ley, cuya vigencia reconoce "por el plazo y condiciones concedidos" respecto de los permisos otorgados a partir de 2009, y "por el plazo perentorio de nueve años a partir de la vigencia de esta Ley" a aquellos concedidos antes de 2009. En los dos casos, según la Disposición General Décimo Tercera del Reglamento Especial de Turismo en Áreas Naturales Protegidas, los titulares de patentes y/o autorizaciones de operación turística, deben efectuar sus actividades de conformidad con lo dispuesto en la LOREG en actual vigencia.

Es decir, que la nueva Ley Orgánica reconoce la vigencia de los plazos y condiciones en que fueron otorgados los permisos de operación turística antes de su promulgación, pero sujeta su ejercicio a la nueva ley que rige a partir de su promulgación, lo que guarda armonía con los principios de vigencia inmediata de las normas de derecho público e irretroactividad de la ley.

Por otra parte, de los criterios jurídicos citados al inicio del presente, se observa que, la entidad consultante y los Ministerios de Turismo y del Ambiente, coinciden respecto de la competencia del Pleno del Consejo de Gobierno del Régimen Especial de la Provincia de Galápagos, para otorgar las patentes a los titulares de permisos de operación turística.

201 Op. Cit. Pág. 257-258.

202 Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 672 de 19 de enero de 2016.

Del análisis jurídico precedente, en atención a los términos de su primera consulta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del Código Civil y las Disposiciones Transitoria Cuarta y Final Cuarta de la LOREG y la Disposición General Décimo Tercera del Reglamento Especial de Turismo en Áreas Naturales Protegidas, se concluye que los permisos de operación turística otorgados antes del 11 de junio de 2015, fecha en que se publicó en el Registro Oficial la LOREG, están sujetos a los artículos 63, 64, 65, 67, 68, 69 y 71 de esa Ley y a los artículos 59, 66, 68, 69, 70 y 71 de su Reglamento General de Aplicación.

En cuanto a su segunda consulta, se concluye que, de acuerdo con el segundo inciso del artículo 63 de la LOREG y el segundo inciso del artículo 59 de su Reglamento General de Aplicación, es el Pleno del Consejo de Gobierno del Régimen Especial de la provincia de Galápagos, el órgano competente para la expedición de las patentes de operación turística a favor de los actuales titulares de permisos de operación turística.

El presente pronunciamiento se circunscribe a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, siendo responsabilidad exclusiva de la entidad consultante, su aplicación a cada caso específico.

PRESCRIPCIÓN POTESTAD SANCIONADORA: PROCESOS ADMINISTRATIVOS

Oficio PGE No. 00597 de 12-09-2018

CONSULTANTE: AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE LAS TELECOMUNICACIONES

CONSULTA:

“¿Si los artículos 117 118, 119 y 120 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones hablan de infracciones de Primera, Segunda, Tercera y Cuarta clase y la prescripción extintiva la facultad sancionadora prevista en el artículo 245 del Código Orgánico Administrativo - COA aplica a infracciones Leves, Graves y Muy Graves, la aplicación de la figura legal de prescripción prevista en el artículo 245 del Código Orgánico Administrativo en los procesos administrativos sancionadores tramitados en la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, debería ser aplicada, por la Autoridad de Telecomunicaciones, estableciendo ARCOTEL una equivalencia entre las infracciones de la LOT (Primera, Segunda, Tercera y Cuarta clase) y las infracciones del COA (Leves, Graves y Muy Graves); o si, para el caso concreto de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones la prescripción simplemente no existe en virtud de la derogatoria expresa del artículo 135 de la mencionada Ley?”.

BASE LEGAL

Constitución de la República del Ecuador: Arts. 82 y 132 núm. 2.

Código Orgánico Administrativo: Arts. 1, 29, 135, 245 y Disp. Transitoria Novena.

Ley Orgánica de Telecomunicaciones: Arts. 117, 118, 119, 120, 121 y 144 núm. 18.

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

Similar consulta fue planteada por usted con oficio No. ARCOTEL-ARCOTEL-2018-0189-OF de 29 de mayo de 2018, la misma que motivó el pedido de reformulación cursado por este organismo mediante oficio No. 01599 de 8 de junio de 2018, en el que se insistió con oficio No. 01901 de 27 de los mismos mes y año. Al no ser atendidos dichos requerimientos, con fundamento en el artículo 6 de la Resolución No. 17²⁰³ la Procuraduría General del Estado se abstuvo de atender la consulta y dispuso su archivo mediante oficio No. 02240 de 19 de julio de 2018.

En el oficio que contesto refiere como antecedente que, el Código Orgánico Administrativo ha derogado expresamente el artículo 135 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones²⁰⁴ que regulaba la prescripción de la potestad administrativa para imponer sanciones en materia de telecomunicaciones, y manifiesta lo siguiente:

“De conformidad con lo establecido en el artículo 1 el Código Orgánico Administrativo, la norma legal citada es de aplicación obligatoria para todo organismo que forma parte del sector público; sin embargo, considerando que la clasificación que hace la citada norma legal, es absolutamente diferente a la tipificación de las infracciones realizadas en los artículos 117, 118, 119 y 120 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la cual habla de infracciones de Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Clase, la aplicación del artículo 245 del COA en los procesos administrativos sancionatorios de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones podría ser aplicada con la determinación de una equivalencia de unas y otras infracciones por parte del Ente de Control”.

A su actual oficio de consulta se acompaña el criterio jurídico institucional No. ARCOTEL –CJUR-2018-0004 de 2 de julio de 2018, suscrito por el Coordinador General Jurídico de la ARCOTEL, que contiene el análisis jurídico sobre el tema materia de consulta.

De los antecedentes expuestos se aprecia que, su nueva consulta trata sobre la aplicación del artículo 245 del Código Orgánico Administrativo, y a ella se ha adjuntado el informe jurídico de acuerdo a lo previsto en el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, por lo cual, procede la reactivación del trámite de acuerdo con el artículo 7²⁰⁵ de la Resolución No. 17 de este Organismo.

203 Publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007.

204 Disposición Derogatoria Quinta del Código Orgánico Administrativo.

205 Artículo agregado por la Resolución No. 121, publicada en Registro Oficial 264 de 25 de agosto de 2010.

El artículo 245 del Código Orgánico Administrativo²⁰⁶ (en adelante COA), sobre cuya aplicación trata la consulta, establece tres distintos plazos de prescripción del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, según se trate de infracciones leves, graves o muy graves, respectivamente, como se aprecia de su tenor:

“Art. 245.- Prescripción del ejercicio de la potestad sancionadora. El ejercicio de la potestad sancionadora prescribe en los siguientes plazos:

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

Por regla general los plazos se contabilizan desde el día siguiente al de comisión del hecho. Cuando se trate de una infracción continuada, se contará desde el día siguiente al cese de los hechos constitutivos de la infracción.

Cuando se trate de una infracción oculta, se contará desde el día siguiente a aquel en que la administración pública tenga conocimiento de los hechos”.

El informe jurídico de la entidad consultante cita el artículo 135 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones²⁰⁷, que establecía un plazo único de cinco años para que opere la prescripción de la potestad administrativa para imponer las sanciones previstas en esa ley. Agrega el informe que, dicha norma fue derogada en forma expresa por la Disposición Derogatoria Quinta del COA.

En relación al artículo 245 del COA, el Coordinador General Jurídico de la entidad consultante manifiesta que: “(...) se debe considerar que el citado artículo 245 desarrolla tres puntos para aplicar la prescripción del ejercicio de la potestad sancionadora, **basados en clases de infracciones, leves, graves y muy graves**, lo cual difiere con el desarrollo de las infracciones previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (...)”. Cita los artículos 117, 118, 119 y 120 de esa Ley Orgánica que establecen la clasificación de las infracciones específicas en materia de telecomunicaciones; y sobre dicha base concluye lo siguiente:

“En orden a los antecedentes y análisis expuestos, es criterio de la Coordinación General Jurídica que la prescripción del ejercicio de la potestad sancionadora prevista en el artículo 245 del Código Orgánico Administrativo COA, no aplica a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones en consideración a que las infracciones previstas en los artículos 117, 118, 119 y 120 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones son tipificadas como Primera Clase, Segunda Clase, Tercera Clase y Cuarta Clase y no como leves, graves y muy graves, sin embargo, al haberse derogado de manera expresa el artículo 135 de la Ley Orgánica de

206 Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017; entró en vigencia doce meses después de su publicación, según la Disposición Final del COA.

207 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 439 de 18 de febrero de 2015.

Telecomunicaciones, quedaría en un vacío el tiempo de prescripción de estas 4 clases de infracciones”.

De la lectura de la consulta, se observa que tiene por objeto establecer si es jurídicamente posible que la entidad consultante pueda efectuar un “análisis de equivalencia” de las clases de infracciones tipificadas por los artículos 117, 118, 119 y 120 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, clasificadas por esa ley en infracciones de primera, segunda, tercera y cuarta categoría, para adecuarlas a los plazos de prescripción del ejercicio de la potestad sancionadora, establecidos por el artículo 245 del Código Orgánico Administrativo en función a la gravedad de la infracción.

Para atender la consulta se observa que, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en su Título XIII “Régimen Sancionatorio”; Capítulo I “Infracciones”, tipifica las infracciones específicamente aplicables a las personas naturales o jurídicas comprendidas en el ámbito de esa Ley, clasificándolas en infracciones de primera, segunda, tercera y cuarta clase, que se establecen en forma expresa por los artículos 117, 118, 119 y 120, respectivamente. A su vez, el artículo 121 de la misma Ley, ubicada en el Capítulo II “Sanciones”, establece las clases de sanciones aplicables según el tipo de infracción.

De acuerdo con el numeral 18 del artículo 144 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL), entre otras atribuciones, “Iniciar y sustanciar los procedimientos administrativos de determinación de infracciones e imponer en su caso, las sanciones previstas en esta Ley”.

En virtud de que la consulta trata sobre el ejercicio de potestad administrativa sancionatoria, para atenderla es pertinente considerar los principios de reserva de ley y tipicidad que rigen en esta materia. Así, el numeral 2 del artículo 132 de la Constitución de la República dispone:

“Art. 132.- La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos:

(...) 2.- Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes”.

Concordante, el artículo 29 del COA incluye a la tipicidad entre los principios del procedimiento administrativo sancionador y prescribe:

“Art. 29.- Principio de tipicidad. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones previstas en la ley.

A cada infracción administrativa le corresponde una sanción administrativa.

Las normas que prevén infracciones y sanciones no son susceptibles de aplicación analógica, tampoco de interpretación extensiva”.

Sobre los principios de legalidad y tipicidad en materia de infracciones administrativas, García de Enterría y Fernández, en base a la legislación y jurisprudencia constitucional española, explican:

“El principio de legalidad impone, pues, la ‘exigencia material absoluta de predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes, exigencia que [...] afecta a la tipificación de las infracciones, a la graduación y escala de las sanciones y a la correlación entre unas y otras, de tal modo que [...] el conjunto de las normas aplicables permita predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesta’ (sent. const. de 29 de marzo de 1990). (...).

La tipicidad es, pues, la descripción legal de una conducta específica a la que se conectará una sanción administrativa. La especificidad de la conducta a tipificar viene de una doble exigencia: del principio general de libertad, sobre el que se organiza todo el Estado de derecho, que impone que las conductas sancionables sean excepción a esa libertad y, por tanto, exactamente delimitadas, sin ninguna indeterminación (y delimitadas, además, por la representación democrática de pueblo mediante las leyes: STC 137/1997); y, en segundo término, a la correlativa exigencia de la seguridad jurídica (art. 9º.3 de la Constitución), que no se cumpliría si la descripción de lo sancionable no permitiese un grado de certeza suficiente para que los ciudadanos puedan predecir las consecuencias de sus actos (*lex certa*).

No caben, pues, cláusulas generales o indeterminadas de infracción, que permitirían al órgano sancionador actuar con un excesivo arbitrio y no con el prudente y razonable que permitiría una especificación normativa (términos de la misma sentencia Constitucional de 29 de marzo de 1990)”²⁰⁸.

Por otra parte, en cuanto a la relación existente entre la prescripción de la potestad sancionadora de infracciones administrativas y el principio de seguridad jurídica, el autor colombiano Ossa Arbeláez, exprocurador de esa Nación, explica lo siguiente:

“(...) El simple pasar del tiempo consolida la adquisición de un derecho o consagra su extinción. Es un fenómeno que tiene más carácter sustantivo que procedimental en el derecho sancionador, en donde, por lo demás, todas las normas de obligatoria referencia tocan directamente con los ilícitos y las sanciones.

Pero el devenir de los días, por sí solo, no opera como mecanismo extintivo de la pena o de la infracción, visto el fenómeno desde la perspectiva de la potestad sancionadora. Lo que sucede es que el discurrir temporario en la prescripción determina la imposibilidad del

208 García de Enterría, Enrique y Fernández, Tomás, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Editorial Temis S.A.-Palestra, Bogotá-Lima, 2008, págs. 163-164.

Estado para ejercitar dicha potestad. De allí se sigue que cuando la infracción ha prescrito ésta no se tiene por inexistente, pues el ilícito existe y sigue existiendo a pesar del tiempo; pero una vez vencidos los plazos, el sujeto pasivo de la acción, o titular de la represión sancionatoria no puede ser objeto de sanción. La acción gubernamental se torna ilícita. En aras de la seguridad jurídica el Estado tiene un límite para ejercer el *jus puniendi*, fuera del cual las autoridades públicas no pueden iniciarlo o proseguirlo pues, de lo contrario, incurren en falta de competencia por razón de tiempo (...)²⁰⁹.

La seguridad jurídica se encuentra prevista en la Constitución de la República dentro del Título II “Derechos” del Capítulo Octavo “Derecho de Protección”, artículo 82, que dispone: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

Finalmente se debe considerar que, la Disposición Transitoria Novena del COA establece que: “La Asamblea Nacional armonizará y adecuará el ordenamiento jurídico al Código Orgánico Administrativo”.

Del análisis jurídico efectuado se observa que, existe falta de armonía entre los artículos 117, 118, 119, 120 y 121 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que tipifican infracciones administrativas de primera, segunda, tercera y cuarta clase con sus correspondientes sanciones, por una parte; y, por otra el artículo 245 de COA que, al reglar la prescripción del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, establece plazos distintos según se trate de infracciones leves, graves o muy graves.

Es pertinente considerar adicionalmente que, la infracción administrativa y la correspondiente sanción, son elementos que integran la tipificación en la forma prevista por el artículo 29 del COA, cuyo inciso final prohíbe en esta materia la aplicación analógica y la interpretación extensiva.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con la Disposición Transitoria Novena del Código Orgánico Administrativo, compete a la Asamblea Nacional armonizar y adecuar el ordenamiento jurídico al Código Orgánico Administrativo, que permita subsanar cualquier falta de armonía normativa con otras leyes específicas que prevean la tipificación de sanciones para efectos de la aplicación de los plazos de prescripción establecidos en el artículo 245 del COA, en concordancia con lo previsto en su artículo 29.

PRESIDENTES Y VICEPRESIDENTES DE LA REPÚBLICA: PENSIONES VITALICIAS MENSUALES Y PENSIONES DE JUBILACIÓN QUE OTORGA EL IESS

Oficio PGE No. 01507 de 31-05-2018

CONSULTANTE: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

209 Ossa Arbeláez, Jaime, Derecho administrativo sancionador. Una aproximación dogmática, Segunda Edición, Legis, Bogotá, 2009, pág. 606.

CONSULTAS:

1. “¿Constituye remuneración la percepción de pensiones vitalicias mensuales a favor de las y los señores ex Presidentes y Vicepresidentes Constitucionales de la República, que sean elegidos constitucionalmente por votación popular y se hayan posesionado en el cargo, salvo aquellos a quienes se les revoque el mandato?”.
2. ¿Constituye remuneración la percepción de pensiones por jubilación que otorga el IESS?”.
3. ¿Si las pensiones vitalicias mensuales a favor de las y los señores ex Presidentes y Vicepresidentes Constitucionales de la República y las pensiones de jubilación que otorga el IESS no constituyen remuneración, éstas se encuentran comprendidas dentro de las prohibiciones establecidas en la letra l) del artículo 24 de la Ley Orgánica del Servicio Público?”.
4. ¿Si las pensiones vitalicias mensuales a favor de las y los señores ex Presidentes y Vicepresidentes Constitucionales de la República y las pensiones de jubilación que otorga el IESS no constituyen remuneración, es factible percibir aquellas y una remuneración por prestación de servicios en el sector público de manera simultánea?”.
5. En caso de que un Presidente de la República terminare el ejercicio de su puesto, habiendo ejercido con anterioridad y en otro periodo presidencial la función de Vicepresidente de la República, y ejercido, de tal manera, las magistraturas de Vicepresidente y Presidente, ¿Tendría derecho a la percepción de una o de dos pensiones vitalicias? ¿Se consideraría la de mayor valor o cuál sería su monto?”.

BASE LEGAL:

Mandato Constituyente No. 2: Art. 1

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización: Arts. 60 lit. i) y 359.

Constitución de la República del Ecuador: Arts. 3 núm. 1, 34, 35, y 66 núm. 2, 229, 230 núm. 1, 237 núm. 3, 292, 371 y 372

Ley Orgánica del Servicio Público: Arts. 5, 12, 13, 23 lit. b), 24 lit. l), 100, 102, 105, 110, 117, 129, y 135.

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

Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno: Arts. 8 núm. 1 y 9 núm. 7.

Ley de Seguridad Social: Arts. 2, 3, 9 lit. g), 84 y Disp. General Primera

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

Decreto Ejecutivo No. 390 C, publicado en el Registro Oficial No. 812 de 28 de mayo de 1975

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

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

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

PRONUNCIAMIENTO:

Me refiero a su oficio No. SGPR-2018-0001-O de 29 de mayo de 2018, ingresado el mismo día, por el que formula a la Procuraduría General del Estado varias consultas sobre la aplicación de las normas que prohíben a los servidores públicos percibir dos o más remuneraciones; y en tal contexto, dilucidar si las pensiones vitalicias establecidas por el artículo 135 de la Ley Orgánica del Servicio Público, así como las pensiones de jubilación reguladas por la Ley de Seguridad Social son o no remuneraciones.

El informe jurídico de la doctora Johana Pesántez Benítez, Secretaria General Jurídica de la Presidencia de la República, contenido en oficio No. T.308-SGJ-18-0419, que se ha acompañado a la consulta, cita como fundamentos jurídicos de las consultas, entre otros, los artículos 12, 13, 24 letra I) y 110 de la Ley Orgánica del Servicio Público que se refieren: a la prohibición de pluriempleo y su sanción; a la prohibición aplicable a los servidores públicos de percibir remuneración sin prestar servicios efectivos; y al pago de la remuneración hasta el día de efectiva prestación de actividades o hasta el último día del mes en que se produzca la separación del servidor; así como los artículos 135 y 136 de la misma Ley, que establecen las pensiones vitalicias en beneficio de los ex Presidentes y Vicepresidentes Constitucionales de la República o sus herederos. Invoca adicionalmente los artículos 2, 3 y 184 de la Ley de Seguridad Social que determinan los sujetos de protección del seguro general obligatorio, los riesgos cubiertos y la clasificación de las jubilaciones.

Sobre dicha base normativa, el informe jurídico analiza la prohibición de pluriempleo que apareja la improcedencia de que un servidor público pueda desempeñar más de un puesto a la vez y percibir de manera simultánea dos o más remuneraciones; y, luego manifiesta:

“2.1.2.- Técnicamente, el puesto o cargo en el sector público está integrado o comprende 2 elementos constitutivos:

- a) la prestación de servicios inherentes al puesto en el sector público; y,
- b) la percepción de una contraprestación denominada remuneración por el cumplimiento de dichos servicios.

El puesto, a efectos del establecimiento del valor de la remuneración, contempla diversos rangos de valoración entre los distintos niveles funcionales y grupos ocupacionales”.

Con respecto a las pensiones vitalicias establecidas por el artículo 135 de la Ley Orgánica del Servicio Público en beneficio de los ex Presidentes y Vicepresidentes de la República, el informe jurídico manifiesta que “La pensión ha sido establecida por el Estado como reconocimiento al ejercicio pasado de una dignidad representativa del país, esto es, tiene un origen diferente y ajeno al concepto de remuneración”.

En relación a las prestaciones de la seguridad social, el informe jurídico reflexiona sobre los aportes personales y patronales que se originan en la afiliación de una persona al régimen del seguro general obligatorio, que financian las prestaciones que otorga el IESS y manifiesta que:

“Por tanto, las prestaciones que brinda el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social no constituyen remuneración.

Tampoco dichas prestaciones obligan al beneficiario a efectuar una contraprestación de actividades, la contraprestación o prestación se efectúa únicamente o con motivo o con cargo a dicho ahorro voluntario y patronal”.

Con los antecedentes normativos citados y el análisis efectuado, el informe de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República concluye con un criterio institucional único en los siguientes términos:

“De lo señalado, se evidencia que la pensión que perciben los ex Presidentes o Vicepresidentes Constitucionales, no constituye una remuneración, así como que tampoco constituye una remuneración las prestaciones que en virtud de lo dispuesto en la Ley de Seguridad Social puede percibir un afiliado, en el caso, la jubilación.

Entendemos que la prohibición de ocupar más de un puesto en el sector público y percibir por tal efecto dos o más remuneraciones en el sector público, difiere, no alcanza ni comprende a la pensión que perciben los ex Presidentes o Vicepresidentes Constitucionales, así como tampoco las pensiones de jubilación que en virtud de lo dispuesto en la Ley de Seguridad Social puede percibir un afiliado.

De subsiguiente, la percepción de éstas y de una remuneración por prestación de servicios en el sector público puede efectuarse de manera simultánea.

Sin embargo, la ley no establece que sucedería en caso de que un Presidente de la República terminare el ejercicio de su puesto y hubiere ejercido en otro periodo presidencial el puesto de Vicepresidente de la República, habiendo ejercido de tal manera las magistraturas de Vicepresidente y Presidente, y, al respecto, cuál es la pensión que debe percibir a futuro, por ejemplo la mayor, o si tendría derecho a las dos”.

Con tales antecedentes atiendo sus consultas en el mismo orden en que han sido planteadas.

PRIMERA CONSULTA

(...)

Para atender su consulta, es oportuno considerar que el artículo 229 de la Constitución de la República contiene una definición genérica de servidores públicos, que incluye 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 inciso final del mismo artículo prevé que: “La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia”.

El artículo 23 de la LOSEP, incluye en su letra b) a la remuneración, como uno de los derechos de los servidores públicos y reitera que es irrenunciable y proporcional a su función y responsabilidad.

La definición de “remuneración mensual unificada” e ingresos complementarios de los servidores públicos, consta en el artículo 96 de la LOSEP, que la conceptualiza como aquella “(...) 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”.

La valoración entre los distintos niveles funcionales y grupos ocupacionales que integran las escalas de remuneraciones mensuales de los servidores públicos, consta prevista por el artículo 102 de la LOSEP, según el cual se deben establecer en forma técnica por el Ministerio del Trabajo y requieren dictamen favorable del Ministerio de Finanzas, considerando que se garanticen los principios de proporcionalidad y responsabilidad previstos por el artículo 104 ídem. El artículo 105 de la misma Ley prescribe que todo acto decisorio que fije la remuneración de un servidor “(...) no podrá ser aplicable si no existe la partida presupuestaria con la disponibilidad efectiva de fondos”.

Respecto al pago de la remuneración mensual unificada a los servidores públicos, el artículo 110 de

la LOSEP dispone que se hará por los días de efectiva prestación de servicios.

Con relación a la remuneración mensual unificada del Presidente y Vicepresidente de la República, y de los demás funcionarios del nivel jerárquico superior, el artículo 100 de la LOSEP confiere al Ministerio del Trabajo competencia para establecer la respectiva escala de remuneraciones. Al efecto, se deberá considerar adicionalmente que, el artículo 1 del Mandato Constituyente No. 2²¹⁰ establece la remuneración mensual unificada máxima para el sector público y dispone:

“Art. 1.- Remuneración Máxima. - Se establece como Remuneración Mensual Unificada Máxima, el valor equivalente a veinticinco salarios básicos unificados del trabajador privado, para los dignatarios, magistrados, autoridades, funcionarios, delegados o representantes a los cuerpos colegiados, miembros de la Fuerza Pública, servidores y trabajadores del sector público, tanto financiero como no financiero”.

El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, conceptualiza la remuneración como “Sueldo, salario, jornal”; y a la palabra remunerar como:

“(…) Retribuir una actividad con salario, sueldo, honorarios o precio por el trabajo u obra”.

Al remunerar en la forma más característica, con la entrega de una suma de dinero, por acto equívoco, es la causa jurídica la que permite establecer lo conmutativo del negocio jurídico, que ya expresaba este adagio latino: ‘remunerare solvere est, non donare’ (Remunerar es pagar, no donar).”

Dromi define la retribución del empleo público en la siguiente forma:

“6.1. Retribución. 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”.²¹¹

Guillermo Cabanellas define el vocablo “devengar” como: “Adquirir derecho a una percepción o retribución por el trabajo prestado, los servicios desempeñados u otros títulos. Se dice por ello que se devengan costas, honorarios, sueldos”²¹².

En pronunciamiento contenido en el oficio No. 04799 de 21 de noviembre de 2011, en lo concerniente a la remuneración la Procuraduría General del Estado manifestó:

210 Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 330 de 6 de mayo de 2008.

211 Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, Duodécima Edición, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2009, pág. 568.

212 Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas, Vigésima Quinta Edición, Editorial Heliasta, Tomo III, Pág. 232.

“(…) 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”.

De igual forma, en relación a la remuneración en el sector público, en pronunciamiento contenido en el oficio No. 05927 de 11 de mayo de 2016, esta Procuraduría señaló que: “(…) el derecho a la remuneración de los servidores públicos, nace de la prestación efectiva del servicio y en consecuencia si no se cumplen con las actividades propias del desempeño del cargo y no se presta el servicio, no se genera el derecho al pago ya que no existe la causa para recibir la contraprestación por parte del Estado”.

De las definiciones y normas citadas, se aprecia que la remuneración de los servidores públicos y entre ellos de los dignatarios de elección popular, como el Presidente y Vicepresidente de la República, es el pago o contraprestación proporcional a su función y responsabilidad, que se efectúa por la efectiva prestación de servicios.

Es decir, la remuneración mensual unificada constituye para el servidor público un derecho irrenunciable, según la letra b) del artículo 23 de la LOSEP y se efectúa en función de la prestación efectiva de servicios y con cargo a la respectiva partida presupuestaria según el artículo 105 ibídem. La remuneración constituye para efectos tributarios, ingreso gravado según el numeral 1 del artículo 8 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno.

Por otra parte, las pensiones vitalicias en beneficio de los expresidentes y exvicepresidentes de la República, se deben considerar que fueron tradicionalmente fijadas mediante Decreto Ejecutivo; es el caso, por ejemplo de los Decretos Nos. 146, publicado en el Registro Oficial No. 490 de 8 de febrero de 1974, 390 C, publicado en el Registro Oficial No. 812 de 28 de mayo de 1975; de los Decretos Ejecutivos Nos. 112, publicado en el Registro Oficial No. 152 de 21 de marzo de 1980; No. 935 publicado en el Registro Oficial No. 393 de 9 de marzo de 1981; y No. 526, publicado en el Registro Oficial No. 138 de 2 de marzo de 1993.

En la actualidad, la pensión vitalicia en beneficio de los expresidentes y vicepresidentes Constitucionales está prevista por el artículo 135 de la LOSEP, en los siguientes términos:

“Art. 135.- De los beneficiarios y las pensiones. - Se fija una pensión vitalicia mensual equivalente al setenta y cinco por ciento de la remuneración vigente, a favor de las y los señores ex Presidentes y Vicepresidentes Constitucionales de la República, que sean elegidos constitucionalmente por votación popular y se hayan posesionado en el cargo, se exceptúan los mandatarios a quienes se les revoque el mandato.

El Vicepresidente de la República que, en cumplimiento de la Constitución, deba asumir las funciones del Presidente de la República y que concluya el período para el cual fueron electos, tendrá derecho a la pensión establecida en este título, correspondiente a la del Presidente de la República”.

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

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

Con estos antecedentes, se evidencia que la pensión vitalicia no constituye una contraprestación a un trabajo y por lo tanto su naturaleza difiere de la remuneración.

Por tanto, en atención a los términos de su consulta se concluye que, la pensión vitalicia establecida por el artículo 135 de la LOSEP en beneficio de los ex Presidentes y Vicepresidentes Constitucionales de la República, elegidos constitucionalmente por votación popular, que se hayan posesionado del cargo y lo hayan concluido, no constituye remuneración.

SEGUNDA CONSULTA

(...)

Con respecto a las pensiones de jubilación, es pertinente considerar que se trata de materia relacionada con la seguridad social que es un derecho irrenunciable de todas las personas y un deber y responsabilidad del Estado, según los artículos 3 numeral 1, 34 y 66 numeral 2 de la Constitución de la República.

Al efecto, los artículos 292, 371 y 372 de la Carta constitucional excluyen del presupuesto general del Estado a los fondos de la seguridad social, establecen la forma en que se financian las prestaciones de la seguridad social, con el aporte de las personas aseguradas en relación de dependencia, de sus empleadores y con los aportes del Estado; prescriben que los fondos y reservas del seguro universal obligatorio son distintos a los del fisco; adicionalmente declaran que las prestaciones del seguro social que se efectúen en dinero no serán susceptibles de cesión, embargo o retención y que están exentas del pago de impuestos. Dichas normas disponen:

“Art. 292.- El Presupuesto General del Estado es 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.

Art. 371.- Las prestaciones de la seguridad social se financiarán con el aporte de las personas aseguradas en relación de dependencia y de sus empleadoras o empleadores; con los aportes de las personas independientes aseguradas; con los aportes voluntarios de las ecuatorianas y ecuatorianos domiciliados en el exterior; y con los aportes y contribuciones del Estado.

Los recursos del Estado destinados para el seguro universal obligatorio constarán cada año en el Presupuesto General del Estado y serán transferidos de forma oportuna.

Las prestaciones en dinero del seguro social no serán susceptibles de cesión, embargo o retención, salvo los casos de alimentos debidos por ley o de obligaciones contraídas a favor de la institución aseguradora, y estarán exentas del pago de impuestos.

Art. 372.- Los fondos y reservas del seguro universal obligatorio serán propios y distintos de los del fisco, y servirán para cumplir de forma adecuada los fines de su creación y sus funciones. Ninguna institución del Estado podrá intervenir o disponer de sus fondos y reservas, ni menoscabar su patrimonio.

Los fondos previsionales públicos y sus inversiones se canalizarán a través de una institución financiera de propiedad del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; su gestión se sujetará a los principios de seguridad, solvencia, eficiencia, rentabilidad y al control del órgano competente”.

La Ley de Seguridad Social incluye al jubilado entre los sujetos de protección y en el artículo 9 letra g) señala que: “Es jubilado toda persona que ha cumplido los requisitos de tiempo de imposiciones y edad de retiro, o padece una lesión permanente, física, o mental, total o parcial, y percibe una pensión regular del Estado o del Seguro Social, o una renta vitalicia de una compañía aseguradora, por condición de vejez o invalidez”.

Adicionalmente, el Art. 35 de la Constitución de la República, determina que las personas con discapacidad, entre otras, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado.

De las normas citadas se observa que las prestaciones de la seguridad social, entre ellas las pensiones de jubilación por vejez u ordinaria de invalidez por discapacidad, son prestaciones en dinero que se financian con aportes que tienen origen en el ahorro efectuado por los propios asegurados, sus empleadores y el Estado, por lo que constituyen recursos distintos a los del fisco, y están destinados a cubrir las contingencias amparadas por la seguridad social; adicionalmente, las prestaciones que otorga el IESS están exentas del pago de tributos, de conformidad con el numeral 7 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno.

Del análisis jurídico efectuado, se aprecia que las pensiones a cargo de la seguridad social tienen una naturaleza diferente a la remuneración mensual unificada que un servidor público de cualquier

clase y jerarquía percibe como retribución por su labor. A éste efecto, de conformidad con el Art. 34 de la Constitución de la República, el derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y es deber y responsabilidad primordial del Estado.

Por tanto, en atención a los términos de su consulta se concluye que las pensiones de jubilación que otorga la seguridad social, son prestaciones en dinero que se financian con recursos de la seguridad social, que son distintos a los del fisco, tienen naturaleza distinta y por tanto no constituyen remuneración.

TERCERA CONSULTA

(...)

El artículo 24 de la LOSEP que cita la consulta, incluye entre las prohibiciones a los servidores públicos, la siguiente: "I) Percibir remuneración o ingresos complementarios, ya sea con nombramiento o contrato, sin prestar servicios efectivos o desempeñar labor específica alguna, conforme a la normativa de la respectiva institución".

La definición de remuneración mensual unificada consta en el artículo 96 de la LOSEP, que se citó al atender su primera consulta. La misma norma señala los ingresos complementarios, que son los décimos tercer y cuarto sueldo, fondos de reserva, entre otros que esa norma enumera.

Al atender su primera consulta, se analizó que el artículo 135 de la LOSEP establece las pensiones vitalicias en beneficio de los ex Presidentes y Vicepresidentes de la República, como un reconocimiento por los servicios prestados por esos dignatarios y que por tanto dicha pensión vitalicia tiene una naturaleza jurídica distinta de la remuneración.

Por otra parte, al atender su segunda consulta, se examinó que las pensiones de jubilación son prestaciones que se financian con recursos de la seguridad social, distintos a los del fisco y no constituyen remuneración.

En consecuencia, las pensiones vitalicias que benefician a los ex Presidentes y Vicepresidentes de la República y las pensiones de jubilación que otorga la seguridad social al no constituir remuneraciones ni ingresos complementarios, no están comprendidas en las prohibiciones establecidas por la letra I) del artículo 24 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que según su tenor se aplica a la remuneración que el servidor debe percibir como retribución directamente relacionada con su trabajo efectivo.

CUARTA CONSULTA

(...)

La prohibición de que un servidor o dignatario público perciba simultáneamente dos o más remuneraciones, está relacionada con la prohibición de pluriempleo establecida por el numeral 1 del artículo 230 de la Constitución de la República, que en el ejercicio del servicio público prohíbe: “1. Desempeñar más de un cargo público simultáneamente a excepción de la docencia universitaria siempre que su horario lo permita”. A dicha prohibición se refieren además los artículos 12 y 117 de la LOSEP.

El artículo 12 de la LOSEP establece en su primer inciso que: “Ninguna persona desempeñará, al mismo tiempo, más de un puesto o cargo público, ya sea que se encuentre ejerciendo una representación de elección popular o cualquier otra función pública”; señala taxativamente las excepciones a dicha prohibición, entre las que incluye el ejercicio de la docencia en universidades y escuelas politécnicas, y conservatorios de música; el caso de los vocales de las Juntas Parroquiales; y el de autoridades que, por el ejercicio de sus cargos o por delegación, deban integrar órganos colegiados del sector público, previendo que “Para estos casos excepcionales, la citada delegación no será remunerada”.

Concordante, el primer inciso del artículo 117 de la LOSEP, establece lo siguiente:

“Art. 117.- Prohibición de pluriempleo y de percibir dos o más remuneraciones.- Sin perjuicio de lo prescrito por la Constitución de la República, a ningún título, ni aún el de contrato de servicios ocasionales, comisión u honorarios; una autoridad, servidora o servidor percibirá dos o más remuneraciones provenientes de funciones, puestos o empleos desempeñados en las entidades y organismos contemplados en el artículo 3 de esta ley, lo cual incluye a los servidores públicos que por designación o delegación formen parte de cuerpos colegiados por lo que no se procederá al pago de dietas por su participación en los mismos ni al otorgamiento de ningún otro beneficio adicional”.

De acuerdo con el tenor de la norma transcrita, la prohibición de pluriempleo que impide el desempeño de más de un cargo público, da lugar a que ningún servidor público, incluidos los dignatarios de elección popular, puedan percibir a ningún título dos o más remuneraciones provenientes del ejercicio de sus funciones, con las excepciones que en forma taxativa establece la legislación.

En tal contexto, el segundo inciso del artículo 129 de la LOSEP regula y permite el reingreso de pensionistas o jubilados al sector público. El tenor de dicha norma es el siguiente:

“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”.

Concordante, la Disposición General Primera de la Ley de Seguridad Social²¹³

213 Introcudida por Ley publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 559 de 30 de marzo de 2009.

“PRIMERA. - Quienes, siendo beneficiarios de pensiones de jubilación por vejez, por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, estén o se reincorporen a prestar servicios bajo relación de dependencia y perciban por ello, sueldo, salario o remuneración, dejarán de percibir el cuarenta por ciento (40%) correspondiente al aporte del Estado, en su pensión jubilar, 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/as afiliados/as cuya jubilación se encuentre en el rango entre uno y uno punto cinco canastas básicas, 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 IESS.

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 Ecuatoriano de Seguridad Social, y el ingreso a cualquier título que 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 jubilado/a volverá a percibir en forma inmediata la totalidad del aporte estatal a su pensión jubilar, con la reliquidación que correspondiere por ley, por el último tiempo de servicio”.

Con tales fundamentos jurídicos, sobre la aplicación de la citada Disposición General Primera de la Ley de Seguridad Social, en pronunciamiento contenido en oficio No. 01034 de 23 de marzo de 2011, cuya copia se acompaña, la Procuraduría General del Estado se pronunció en los siguientes términos:

“Por lo expuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 60 letra i) y 359 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, por los cuales se faculta al Alcalde a nombrar al Procurador Síndico municipal; y, el artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público que permite el reingreso de los jubilados al sector público para ocupar específicamente puestos de libre nombramiento y remoción o de docencia e investigación científica, se concluye que el Alcalde del cantón Salinas puede nombrar Procurador Síndico de esa Municipalidad, a un abogado que se encuentre en goce de los beneficios de la jubilación concedida por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, previa comprobación o demostración de sus capacidades profesionales para desempeñar dicho puesto conforme lo dispone el artículo 359 del Código Orgánico antes citado, y cumpla con

los requisitos para el ingreso al servicio público previstos en el artículo 5 de la mencionada Ley Orgánica del Servicio Público.

Se deberá tener en cuenta además que, en el caso de que el profesional jubilado del IESS que motiva su consulta, sea designado Procurador Síndico Municipal, dejará de percibir el cuarenta por ciento correspondiente al aporte del Estado en su pensión jubilar por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; descuento que no se aplicará en caso de que su pensión jubilar 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, conforme lo dispone expresamente el inciso segundo de la Disposición General Primera de 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 antes referida”.

El pronunciamiento citado se ha reiterado en oficios Nos. 06978 de 14 de marzo de 2012 y 08166 de 5 de junio de 2012, cuyas copias también se anexan al presente.

Al atender su segunda consulta, se concluyó que las pensiones a cargo de la seguridad social, tienen una naturaleza diferente a la remuneración mensual unificada que un servidor público percibe como retribución por su labor.

En consecuencia, en atención a los términos de su cuarta consulta se concluye que, la prohibición a los servidores públicos de percibir simultáneamente dos o más remuneraciones, establecida por el artículo 117 de la LOSEP, no se extiende a la pensión a cargo de la seguridad social que un servidor puede percibir en caso de reingreso al sector público según el artículo 129 de esa Ley; sin perjuicio de que en tal evento se aplique por el IESS el descuento de la jubilación prescrito por la Disposición General Primera de la Ley de Seguridad Social, en los casos en que proceda.

La prohibición establecida por el artículo 117 de la LOSEP se limita a la remuneración de los servidores públicos y tiene por finalidad impedir que el mismo servidor perciba simultáneamente dos o más remuneraciones; en consecuencia, no se extiende a prestaciones dinerarias que tengan naturaleza distinta a la remuneración, como es el caso de las pensiones vitalicias establecidas por el artículo 135 de la LOSEP, ni a las pensiones que provienen de la seguridad social.

QUINTA CONSULTA

(...)

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 aplicación de las 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 2 reitera los principios legales antes citados, en todo lo que no contravenga a la indicada disposición constitucional

El caso al que alude su pregunta 5, de un Presidente de la República que concluyere su periodo constitucional y con anterioridad hubiere ejercido la función de Vicepresidente en otro periodo distinto, al no estar previsto en el artículo 135 de la LOSEP ni en otra norma de esa u otra Ley, configura un vacío normativo que no puede ser llenado a través de la absolución de una consulta sobre la inteligencia de la norma, al amparo de las atribuciones previstas en los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

PRINCIPIO DE TIPICIDAD DE LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS

Oficio PGE No. 00986 de 05-10-2018

CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO

CONSULTAS:

1. “Sobre el contenido del artículo 29 del COA, ¿Las infracciones y sanciones administrativas contenidas en las ordenanzas metropolitanas, que han sido expedidas en función de la facultad legislativa reconocida por la Constitución, artículo 240 y ratificada por el legislador en el inciso segundo del artículo 395 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, contraviene o no lo dispuesto en el artículo 29 del COA que consagra el principio de tipicidad, como principio rector del procedimiento administrativo sancionador, en los siguientes términos: ‘Son infracciones administrativas las acciones u omisiones previstas en la ley. A cada infracción administrativa le corresponde una sanción administrativa?’.
2. “Respecto a la Disposición Transitoria Tercera del COA, ¿Corresponde aplicar el plazo de caducidad establecido en la Disposición Transitoria Tercera del Código Orgánico Administrativo a los procedimientos administrativos sancionadores que la Agencia Metropolitana de Control ha iniciado antes del 07 de julio de 2018, fecha de su entrada en vigencia, o deberían los mismos procedimientos seguirse sustanciando de acuerdo con la normativa vigente al momento de su inicio?”.

BASE LEGAL:

Constitución de la República: Arts. 76 núm. 3, 82, 120 núm. 6, 132 núm. 2 y 237 núm. 3.

Código Orgánico Administrativo: Art. 29, Disps. Trans Segunda y Tercera.

Código Civil: Arts. 1, 5, 6 y 7.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización: Arts. 5 segundo inciso, 6 lit. a) y k), 7, 83, 87, 395, 397, 240 y 322.

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

Ley de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito: Arts. 8 núm. 4 y 27.

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

A fin de contar con mayores elementos de análisis para atender sus consultas, mediante oficio No. 00109 de 13 de agosto de 2018 e insistencia contenida en oficio No. 00427 de 31 de los mismos mes y año, este organismo solicitó el criterio institucional de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (AME), requerimiento que fue atendido mediante oficio No. AME-DE-2018-0024 de 30 de agosto de 2018, ingresado a esta Procuraduría el 3 de septiembre del mismo año, al cual se adjunta el memorando No. 376-DNAJ-AME-2018 de 29 de agosto de 2018 suscrito por el Director Nacional de Asesoría Jurídica de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas.

Con tales antecedentes, atiendo sus consultas en el mismo orden en que han sido planteadas.

PRIMERA CONSULTA

(...)

El informe jurídico de la entidad consultante, contenido en oficio No. 0000178 de 5 de julio de 2018, con relación a la primera pregunta, cita los artículos 76 numeral 3 de la Constitución de la República; 29 del Código Orgánico Administrativo; y, 7, 87 y 395 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, luego de lo cual concluye con el siguiente pronunciamiento jurídico:

“3.1. Sobre el Principio de Tipicidad, contenido en el artículo 29 del Código Orgánico

Administrativo, las infracciones y sanciones contenidas en las ordenanzas metropolitanas dictadas por el Concejo Metropolitano, cumplen con este principio debido a que el inciso segundo del artículo 395 del COOTAD, faculta a que los Gobiernos Autónomos Descentralizados establezcan mediante acto normativo, sanciones administrativas. Siendo constitucional y legal todas aquellas infracciones y sanciones administrativas contenidas en las ordenanzas metropolitanas”.

Por su parte, el Director Nacional de Asesoría Jurídica de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (AME), en el memorando No. 376-DNAJ-AME-2018 de 29 de agosto de 2018, cita los artículos 395 y 397 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y 29 del Código Orgánico Administrativo, así como la Gaceta Judicial No. 14 de 9 de enero de 2004, sobre cuya base legal analiza y concluye lo siguiente:

“Al hablar de sanciones o penas, se establece de manera universal el principio de tipicidad, pues debe existir en norma o ley. La descripción del tipo o falta al cual se adecúa el hecho, es decir, que el hecho sea considerado típico dentro del ordenamiento jurídico, y que además, se establezca dentro del mismo, la pena que le corresponde por acción u omisión.

Dentro de sus respectivos contextos, cabe distinguir que el principio ‘nullum poena sine lege’ tiene una rigidez conceptual más grande que la potestad sancionadora del Estado. Así pues, en materia penal, que sí tiene reserva estricta de ley, se pretende sancionar actos que relevantemente contravengan el orden social, mientras que la sanción de índole administrativa tiene la finalidad de ocasionar (coerción) una determinada conducta que no afecta atrozmente al funcionamiento social.

De esta manera, encontramos que no existe contradicción entre el artículo 395 del COOTAD (derogado) y el artículo 29 del Código Orgánico Administrativo, pues este último se refiere a que las sanciones pueden ser establecidas mediante ley o cualquier tipo de norma debidamente emitida, que en el caso de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales es la ordenanza. Por lo tanto, no podemos restringir el término ‘ley’ del artículo 29 citado por cuanto no se refiere a la potestad sancionadora penal sino a la potestad sancionadora administrativa”.

El artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador²¹⁴, respecto del derecho al debido proceso, consagra como una garantía básica del mismo que:

“3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté **tipificado en la ley como infracción** penal, **administrativa** o de otra naturaleza; **ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley**. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”. (Lo resaltado me corresponde). Respecto de la tipificación de infracciones y sanciones, el artículo 132 numeral 2 de la Constitución determina:

“Art. 132.- La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos:

(...)

- 1- Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes. (...).”

Por su parte, el artículo 240 del mismo cuerpo normativo, concede facultades legislativas a los Gobiernos Autónomos Descentralizados, en los siguientes términos:

“Art. 240.- Los gobiernos autónomos descentralizados de las regiones, **distritos metropolitanos**, provincias y cantones **tendrán facultades legislativas en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales**. Las juntas parroquiales rurales tendrán facultades reglamentarias.

Todos los gobiernos autónomos descentralizados ejercerán facultades ejecutivas en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales”. (Lo resaltado me corresponde).

De las disposiciones constitucionales previamente citadas, se observa que compete a la Asamblea Nacional tipificar las infracciones y establecer sanciones, de manera general, mediante ley; y, que los gobiernos autónomos descentralizados, entre los cuales se encuentran los Distritos Metropolitanos, tienen facultad legislativa para emitir su propia normativa dentro del ámbito de su competencia y jurisdicción territorial.

En concordancia con lo dispuesto en el artículo 240 de la Constitución de la República, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización²¹⁵, ratifica la facultad legislativa que tienen los gobiernos autónomos descentralizados; así el artículo 7 de dicho cuerpo normativo determina:

“Art. 7.- Facultad normativa.- Para el pleno ejercicio de sus competencias y de las facultades que de manera concurrente podrán asumir, **se reconoce a los** consejos regionales y provinciales concejos **metropolitanos** y municipales, **la capacidad para dictar normas de carácter general a través de ordenanzas, acuerdos y resoluciones**, aplicables dentro de su circunscripción territorial.

El ejercicio de esta facultad se circunscribirá al ámbito territorial y a las competencias de cada nivel de gobierno, y observará lo previsto en la Constitución y la Ley (...).” (Lo resaltado me corresponde).

En el mismo sentido, el artículo 29 del COOTAD, en referencia a las funciones de los gobiernos autónomos descentralizados, establece:

“Art. 29.- **Funciones de los gobiernos autónomos descentralizados.**- El ejercicio de cada gobierno autónomo descentralizado se realizará a través de **tres funciones integradas**:
a) **De legislación, normatividad** y fiscalización;
b) De ejecución y administración; y,
c) De participación ciudadana y control social”. (Énfasis fuera del texto).

En concordancia con lo manifestado en la disposición anterior, el artículo 83 del referido código orgánico establece:

“Art. 83.- Naturaleza jurídica.- Los gobiernos de los distritos metropolitanos autónomos descentralizados son personas jurídicas de derecho público, con autonomía política, administrativa y financiera. **Estarán integrados por las funciones de** participación ciudadana; **legislación** y fiscalización; y, ejecutiva previstas en este Código y el estatuto de autonomía para el ejercicio de las funciones y competencias que les corresponden y las que asuman de los otros niveles de gobierno autónomo descentralizado (...). (Lo resaltado me corresponde).

En armonía con la precitada disposición, la letra a) del artículo 87 del COOTAD establece:

“Art. 87.- Atribuciones del Concejo Metropolitano.- Al concejo metropolitano le corresponde:
a) Ejercer la facultad normativa en las materias de competencia del gobierno autónomo descentralizado metropolitano, mediante la expedición de ordenanzas metropolitanas, acuerdos y resoluciones; (...).”

El procedimiento para la expedición de ordenanzas por los gobiernos autónomos descentralizados, está reglado en forma expresa por el artículo 322 del COOTAD, parte del Capítulo II “Del Procedimiento Parlamentario”.

De acuerdo con el segundo inciso del artículo 5 del COOTAD, la autonomía política de cada gobierno autónomo descentralizado se expresa, entre otras formas, en “(...) el pleno ejercicio de las facultades normativas y ejecutivas sobre las competencias de su responsabilidad”. Para garantizar dicha autonomía, las letras a) y k) del artículo 6 del mismo código, prohíben a cualquier autoridad o funcionario ajeno a los gobiernos autónomos descentralizados, lo siguiente:

“a) **Derogar, reformar o suspender** la ejecución de estatutos de autonomía; normas regionales; **ordenanzas** provinciales, distritales y municipales; reglamentos, acuerdos o resoluciones parroquiales rurales; **expedidas por sus autoridades en el marco de la**

Constitución y leyes de la República;

(...)

k) **Emitir dictámenes o informes respecto de las normativas de los respectivos órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados**, especialmente respecto de ordenanzas tributarias proyectos, planes, presupuestos, celebración de convenios, acuerdos, resoluciones y demás actividades propias de los gobiernos autónomos descentralizados, en el ejercicio de sus competencias, salvo lo dispuesto por la Constitución y este Código; (...). (Lo resaltado me corresponde).

De la revisión de las normas antes señaladas contenidas en el COOTAD, se desprende que los gobiernos autónomos descentralizados y particularmente los Distritos Metropolitanos, tienen autonomía política que se expresa en el pleno ejercicio de la facultad normativa, la cual es ejercida a través del Concejo Metropolitano, mediante la expedición de ordenanzas, acuerdos y resoluciones, en las materias de su competencia y observando el procedimiento reglado por ese Código.

Finalmente, respecto a las funciones o atribuciones que tiene el Concejo Metropolitano de la entidad consultante, los artículos 8 numeral 4 y 27 de la Ley de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito²¹⁶ establecen:

“Art. 8.- **Le corresponde especialmente, al Concejo Metropolitano:** (...)

4) **Dictar las ordenanzas necesarias para establecer el régimen de sanciones administrativas aplicables al personal de la propia administración y de multas a los ciudadanos, en caso de infracciones a las normas distritales;** (...). (Lo resaltado me corresponde).

“Art. 27.- APLICACIÓN DE SANCIONES

El **ejercicio de las atribuciones** que la Ley de Régimen Municipal concede **para aplicar sanciones será reglamentado por el Concejo Metropolitano mediante Ordenanza**”. (Lo resaltado me corresponde).

Del análisis hasta aquí efectuado, se puede determinar que el Distrito Metropolitano de Quito, en su calidad de Gobierno Autónomo Descentralizado, tiene facultad legislativa y atribución para emitir normas en las materias de su competencia, a través de ordenanzas expedidas por el Concejo Metropolitano, así como para aplicar sanciones a los administrados por incumplimiento de dichas normas.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia (hoy Corte Nacional de Justicia), sobre las infracciones tipificadas por ordenanzas ha analizado que:

“(…) en todo caso, la disposición en referencia muestra que es absolutamente constitucional la atribución de las municipalidades y los consejos provinciales de expedir normas secundarias, a través de ordenanzas. En consecuencia la facultad de las municipalidades para sancionar mediante multas las infracciones tipificadas en las ordenanzas y más que rigen la actividad municipal, se halla establecida en las disposiciones constitucionales relativas al Régimen Seccional”²¹⁷.

De otro lado, el artículo 29 del Código Orgánico Administrativo²¹⁸ (en adelante COA), que contiene el principio de tipicidad de las infracciones administrativas, manifiesta:

“Art. 29.- Principio de tipicidad. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones previstas en la ley.

A cada infracción administrativa le corresponde una sanción administrativa.

Las normas que prevén infracciones y sanciones no son susceptibles de aplicación analógica, tampoco de interpretación extensiva”.

De la lectura de la referida norma, se puede determinar que para tipificar infracciones administrativas y establecer las sanciones correspondientes, se requiere de la expedición de una ley, la cual será aplicada por el órgano competente.

En este orden de ideas, corresponde analizar si las ordenanzas expedidas por el Concejo Metropolitano en su calidad de órgano legislativo del Distrito Metropolitano, tienen fuerza de ley, es decir, debe determinarse la naturaleza jurídica de la norma secundaria.

Al efecto, nuestro Código Civil²¹⁹ en su artículo 1 determina que: “La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite (…)”.

Al ser la ley una declaración de la voluntad soberana se entiende que el órgano del Estado que la expide debe estar expresamente autorizado por la Constitución para ejercer potestad normativa y tener la representación de dicha voluntad soberana por ser elegido por el pueblo. En tal sentido, la Asamblea Nacional no es el único órgano del Estado que tiene facultad para emitir normas que manden, prohíban o permitan, sino que la Constitución también la asigna y reconoce a los gobiernos autónomos descentralizados, ya que estos están integrados por autoridades de elección popular. Es decir que, el pueblo soberano ha manifestado su voluntad en la designación de sus representantes a los GADS, quienes cumplirán las funciones y atribuciones que la Constitución y la Ley les ha

217 Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 14. Página 4804. Resolución del Recurso de Casación de 9 enero de 2004.

218 Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017.

219 Codificación 2005-010, Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

encargado, entre las cuales consta el ejercicio de la facultad legislativa dentro del ámbito de sus competencias y circunscripción territorial.

De su parte, la Corte Suprema de Justicia (hoy Corte Nacional de Justicia), en fallo de casación de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en su análisis sobre la naturaleza jurídica de una Ordenanza municipal señaló:

“(...)

Para algunos autores, las ordenanzas municipales son verdaderas leyes locales, para otros, muy pocos por cierto, no pasan de la categoría de disposiciones administrativas o de normas reglamentarias. Entre los defensores de la primera tesis podría citarse a Alcides Greca (Derecho y ciencia de la administración municipal, Santa Fe) quien dice: ‘...las ordenanzas podrían ser clasificadas como leyes sustanciales, en contraposición a las leyes formales atendiendo a la naturaleza del órgano del cual emanan’, criterio recogido a su vez de Bielsa (Restricciones y Servidumbres administrativas, capítulo II, Nro.2) que dice, refiriéndose a las ordenanzas municipales ‘son leyes sustanciales o materiales las determinadas con criterio objetivo, atendiendo a su contenido, es decir, las que establecen normas jurídicas’ (...)²²⁰.

Así también, Jaime Ossa Arbeláez, en su obra Derecho Administrativo Sancionador, respecto a la naturaleza jurídica de las ordenanzas, cita a Sanz Rubiales en los siguientes términos:

“(...)

‘Las ordenanzas emanadas de los entes locales constituyen el correlativo de las leyes del Estado y de las comunidades autónomas (CCAA) admitiendo así que las ordenanzas cumplen el requisito de la reserva de ley desde la perspectiva institucional y democrática’²²¹.

Por tanto, es claro advertir que la jurisprudencia y la doctrina coinciden en manifestar que los gobiernos autónomos descentralizados tienen la facultad de legislar, normar y sancionar, en sus diferentes niveles, dentro del ámbito de competencias y jurisdicción territorial; y que aquello está previsto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano como parte de la autonomía política de esos gobiernos que, de acuerdo con el segundo inciso del artículo 5 del COOTAD, se expresa en el pleno ejercicio de las facultades normativas sobre las competencias de su responsabilidad.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, se concluye que el principio de tipicidad de las infracciones administrativas previsto por el artículo 29 del Código Orgánico Administrativo, en el caso de los gobiernos autónomos descentralizados, debe ser entendido en armonía con la facultad normativa que constituye expresión de su autonomía política y que expresamente reconocen los artículos 5 y 7 del COOTAD, al habilitarles para dictar normas de carácter general en las materias

220 Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 14. Página 4804. Resolución del Recurso de Casación de 9 enero de 2004.

221 Ossa Arbeláez, Jaime. Derecho Administrativo Sancionador. Segunda Edición. Pág. 167.

de su competencia, a través de ordenanzas que se deben expedir observando el procedimiento reglado por el artículo 322 de mismo código.

Adicionalmente, respecto del gobierno autónomo del Distrito Metropolitano de Quito, lo expuesto guarda armonía con los artículos 87 letra a) del COOTAD y 8 numeral 4 de la Ley de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito, norma ésta última que expresamente confiere al Concejo Metropolitano, atribución para dictar las ordenanzas que regulen el régimen sancionador en caso de infracciones a las normas distritales.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas legales. En ejercicio de su autonomía política, es de exclusiva responsabilidad de los gobiernos autónomos descentralizados ejercer su potestad normativa, verificar la pertinencia de la expedición y aplicación de ordenanzas que prevean infracciones y contengan sanciones administrativas, así como su adecuación a los límites materiales de sus competencias.

SEGUNDA CONSULTA:

(...)

En lo que respecta a la segunda consulta, en el oficio No. 0000178 de 5 de julio 2018, el Procurador Metropolitano (Encargado) del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, cita como fundamento jurídico los artículos 82 de la Constitución de la República; 5, 6 y 7 del Código Civil; y, las Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera del Código Orgánico Administrativo y concluye con el siguiente criterio jurídico:

“3.2. Sobre la aplicación del plazo de caducidad establecido en la Disposición Transitoria Tercera del COA, esta Disposición Transitoria, no es aplicable para aquellos expedientes iniciados después del 07 de enero del 2018, por lo que dichos expedientes deberán tramitarse hasta su conclusión con el procedimiento administrativo sancionador que se encontraba vigente al momento de su inicio, lo que incluye los plazos de caducidad establecidos a la misma época, pues actuar de manera contraria vulneraría el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador”.

Respecto al tema, el Director Nacional de Asesoría Jurídica de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (AME), en el memorando No. 376-DNAJ-AME-2018 de 29 de agosto de 2018, cita los artículos 82 de la Constitución de la República; 6 del Código Civil y la Disposición Transitoria Tercera del Código Orgánico Administrativo, sobre cuya base analiza y concluye con el siguiente criterio que transcribo en forma textual:

“Si iniciamos un análisis sobre la frase final del inciso primero de la Disposición Transitoria tercera, que establece: **‘TERCERA: Los procedimientos administrativos sancionadores iniciados con anterioridad a la vigencia de este Código caducan en seis meses, contados desde la fecha de publicación de este Código’** (lo resaltado fuera del texto original); y,

tomamos en cuenta que el mismo no se encuentra vigente, genera una paradoja jurídica, volviendo inaplicable lo señalado por dicha disposición, debido a su falta de claridad; y, a su vez, contraviniendo el derecho constitucional de Seguridad Jurídica, consagrado en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador: (...).

Por lo tanto, no se puede aceptar que la Disposición Transitoria Tercera surta efecto jurídico alguno dado que la vigencia no se da de artículo en artículo sino por el cuerpo legal entero. Por consiguiente, dicho plazo de caducidad no pudo haber estado vigente”.

El artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador, se refiere a la seguridad jurídica en la siguiente forma:

“Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

El artículo 237 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador, 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.

En el contexto mencionado, los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado determinan que, corresponde al Procurador 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. Adicionalmente, toda consulta deberá estar respaldada por el informe del Asesor Jurídico de la institución, en texto independiente, en el cual con fundamento en el respectivo análisis se concluya con relación al tema objeto de la misma.

El artículo 2 de la Resolución No. 017 de la Procuraduría General del Estado, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007, prevé que las consultas que formulen a este organismo las entidades del sector público, se deberán referir a materias de su competencia.

De su parte, el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República del Ecuador, dispone como una de las atribuciones de la Asamblea Nacional, la de “(...) Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio”. (El resaltado me corresponde).

Al respecto, de la lectura de los términos de su segunda consulta, se evidencia que la misma no está dirigida a la inteligencia o aplicación de una norma jurídica, según el ámbito de competencia de este organismo, previsto 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; sino que está

referida a la interpretación del alcance de la Disposición Transitoria Tercera del Código Orgánico Administrativo, lo cual es una atribución privativa de la Asamblea Nacional, de conformidad con el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República y los artículos 69 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa y 3 del Título Preliminar del Código Civil, razón por la cual, con fundamento en la normativa jurídica citada, me abstengo de atender su requerimiento.

REEMPLAZO Y SUBROGACION DE MAXIMA AUTORIDAD DE ORGANOS AUTONOMOS: FUNCION JUDICIAL

Oficio PGE No. 00712 de 28-03-2018

CONSULTANTE: CONSEJO DE LA JUDICATURA

CONSULTA:

“¿De conformidad con el artículo 290 del Código Orgánico de la Función Judicial, el orden de sucesión que se debe aplicar para la designación del agente fiscal perteneciente a la carrera que reemplace al fiscal subrogante de forma temporal o definitiva, opera cuando falten o estén impedidos de ejercer la investigación penal y pre procesal penal, el Fiscal General del Estado y/o el subrogante de forma simultánea o uno de los dos?”

BASE LEGAL:

Constitución de la República del Ecuador: Arts. 117, 181, 194 y 195.

Código Orgánico de la Función Judicial: Arts. 40 núm. 2, 46, 47, 72, 73, 192 y 290

Pronunciamiento Procurador General del Estado, Oficio No. 09871 de 21 de marzo de 2017; Oficio No. 00652 de 23 de marzo de 2018.

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

Adjunto a su oficio se ha remitido el criterio de la Directora Nacional de Asesoría Jurídica del Consejo de la Judicatura, contenido en memorando No. CJ-DNJ-2018-0295-M de 27 de marzo de 2018, en el que se citan como fundamentos jurídicos de la consulta los artículos 177, 181 y 194 de la Constitución de la República; y, los artículos 46, 72, 73 y 290 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Las normas que cita el informe jurídico de la entidad consultante regulan la forma en que se integra la Función Judicial, las funciones del Consejo de la Judicatura, el carácter de órgano autónomo de la Función Judicial que corresponde a la Fiscalía General del Estado; así como, las categorías de la carrera fiscal, el efecto vinculante de los resultados de los concursos para el ingreso y promoción de categoría en las carreras de la Función Judicial; y, el reemplazo y subrogación de las máximas autoridades de los órganos autónomos de la Función Judicial. Sobre dicha base, el informe jurídico analiza y concluye lo siguiente:

“El Consejo de la Judicatura en caso de ausencia temporal o definitiva o cuando falten o estén impedidos de ejercer la investigación penal y pre procesal penal, el Fiscal General del Estado o su Subrogante, debe designar como reemplazo o subrogante de dichas autoridades, según se trate, al Agente Fiscal con el más alto puntaje y categoría de la carrera fiscal de conformidad con la más reciente evaluación realizada por el Consejo de la Judicatura, por lo que se infiere que cuando falten o estén impedidos de ejercer investigación penal y pre procesal penal el Fiscal General del Estado y/o Subrogante de forma simultánea o no, el Consejo de la Judicatura debe proceder como se indica en la respuesta de la Procuraduría General del Estado mediante oficio 00652 de 23 de marzo del 2018, respetando el puntaje que se hubiera obtenido en dicha evaluación”.

Para atender su consulta se considera que la designación del Subrogante del Fiscal General del Estado, por igual periodo que el titular, se rige por el artículo 47 del Código Orgánico de la Función Judicial, conforme concluyó esta Procuraduría en el pronunciamiento contenido en oficio No. 09871 de 21 de marzo de 2017.

Por su parte, la designación de quien deba reemplazar en caso de ausencia temporal o subrogar en caso de ausencia definitiva al Fiscal General del Estado o al Subrogante del Fiscal General, se rige por el artículo 290 del Código Orgánico de la Función Judicial, según concluyó este Organismo en pronunciamiento contenido en oficio No. 00652 de 23 de marzo de 2018, con el que se atendió la consulta formulada por el Consejo de la Judicatura con oficios Nos. CJ-DG-2018-0110-OF y CJ-DG-2018-0119-OF, de fechas 19 y 20 de marzo de 2018, en la que se refirió como antecedente circunstancias en las que una misma denuncia incluya a las dos autoridades.

La consulta contenida en oficio No. CJ-DG-TA-2018-0001-OF de 27 de marzo de 2018 que atiendo en esta oportunidad, alude a la designación del reemplazo del Fiscal General del Estado o del Subrogante del Fiscal General, en un contexto en el que la causa que motive la ausencia de esas autoridades no sea simultánea; y, por tanto, tiene por finalidad establecer si el artículo 290 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), es aplicable en tal escenario.

De acuerdo con los artículos 194 y 195, inciso primero, de la Constitución de la República, la Fiscalía General del Estado, es un órgano autónomo de la Función Judicial, al que corresponde, entre otras atribuciones, dirigir la investigación preprocesal y procesal penal, en éste sentido, de acuerdo con el artículo 192 del COFJ, corresponde al Fiscal General del Estado intervenir en los casos de fuero de Corte Nacional.

El artículo 290 del COFJ es la norma específica que regula el reemplazo o subrogación de las máximas autoridades de los órganos autónomos de la Función Judicial, dentro de los cuales se encuentra la Fiscalía General del Estado, en caso de ausencia temporal o definitiva, según se aprecia del tenor de esa norma que dispone:

“Art. 290.- REEMPLAZO Y SUBROGACIÓN.- La persona con mejor evaluación dentro del régimen de carrera de la Función Judicial en el organismo autónomo respectivo, reemplazará a la máxima autoridad en caso de ausencia temporal y le subrogará si la ausencia fuere definitiva, hasta que se designe al titular.

Son causas de ausencia definitiva de la máxima autoridad:

1. Muerte;
2. Renuncia aceptada por la Asamblea Nacional;
3. Incapacidad física o mental para ejercer las funciones; y,
4. Remoción o destitución en los términos del artículo 131 de la Constitución de la República o la pérdida de los derechos políticos”.

Por su parte, el numeral 2 del artículo 40 del COFJ, establece las causas de ausencia temporal de los servidores judiciales, entre ellas, las vacaciones, licencias, así como en caso de que se hubiese declarado con lugar la excusa o recusación.

De lo expuesto se aprecia que, el artículo 290 del COFJ regula el reemplazo en caso de ausencia temporal, o subrogación en caso de ausencia definitiva, de la máxima autoridad de un órgano autónomo de la Función Judicial, como es la Fiscalía General del Estado, y al efecto prevé que se realice por el servidor con mejor evaluación dentro del respectivo régimen de carrera de la Función Judicial.

Por tanto, el artículo 290 del COFJ es la norma que el Pleno del Consejo de la Judicatura debería aplicar para designar a quien reemplace o subrogue al Fiscal General del Estado o al Subrogante del Fiscal General del Estado, conforme concluyó el pronunciamiento contenido en mi oficio No. 00652 de 23 de marzo de 2018.

En atención a los términos de la consulta se concluye que, la ausencia temporal o definitiva del Fiscal General del Estado y/o del Subrogante del Fiscal General, que dé lugar al correspondiente reemplazo o subrogación conforme al artículo 290 del COFJ, se puede producir en forma simultánea o no, pues obedecerá a la causal específica que se configure en el caso concreto, cuya calificación no corresponde efectuar a este Organismo sino al Pleno del Consejo de la Judicatura.

RÉGIMEN SANCIONATORIO: INSTRUCCIÓN Y SUSTANCIACIÓN DE PROCEDIMIENTOS

Oficio PGE No. 00216 de 21-08-2018

CONSULTANTE: UNIVERSIDAD POLITÉCNICA ESTATAL DEL CARCHI

CONSULTAS:

1. “ Las Instituciones de Educación Superior públicas del Ecuador para la instrucción y sustanciación de procedimientos administrativos sancionatorios aplicarán el Código Orgánico Administrativo (una vez que entre en vigencia) para los servidores universitarios bajo el régimen de la LOSEP y de la LOES?
2. “Las Instituciones de Educación Superior públicas aplicarán lo dispuesto en el Art. 44 de la LOSEP y la Norma Técnica de Sustanciación de Sumarios Administrativos; para la aplicación del régimen sancionatorio para los servidores públicos bajo el régimen de la LOSEP o qué régimen debe aplicarse?
3. “Las Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas, para la aplicación de sanciones administrativas para los profesores/investigadores deben aplicar el Reglamento Interno de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador y lo dispuesto en el Art. 207 de la LOES, o en su defecto articular los contenidos del Código Orgánico Administrativo a la norma interna de la Universidad?
4. “Los contenidos de la LOSEP y su Reglamento, para la instrucción de los sumarios administrativos; esto es la ejecución de las acciones previas; el informe de la UATH; y la providencia de la Autoridad Nominadora; preceden al proceso establecido en la Norma Técnica de Sustanciación de Sumarios Administrativos?”.

BASE LEGAL:

Constitución de la República del Ecuador: Arts. 229 y 355.

Código Orgánico Administrativo: Arts. 42, 134 y 248.

Ley Orgánica de Educación Superior: Arts. 12, 13 lit. f), 17 y 18 lit. b) y e), 70 y 207.

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3 núm. 4 inc. cuarto, 41, 42, 43, 44, 51 lit. a) y 52.

Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Público: Arts. del 90 al 98.

Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, Art. 2 y 96.

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

Me refiero a su oficio No. UPEC-R-2018-0357-OF de 25 de junio de 2018, ingresado al día siguiente, por el que formula varias consultas relacionadas con las normas aplicables a los procedimientos sancionatorios de los servidores públicos docentes y no docentes de esa Universidad.

A fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficios Nos. 02011 y 02012 de 3 de julio de 2018, este Organismo requirió el criterio institucional del Ministerio del Trabajo y de la Presidencia del Consejo de Educación Superior. Con oficios No. 02313 y 02314 de 23 de julio de 2018, se insistió en los referidos requerimientos, sin haber recibido hasta la presente fecha respuesta del Consejo de Educación Superior.

Por su parte, mediante oficio No. MDT-CGAJ-2018-0729-O de 8 de agosto de 2018, ingresado al día siguiente, la Coordinadora General de Asesoría Jurídica del Ministerio del Trabajo remitió el criterio jurídico institucional requerido por esta Procuraduría.

(...)

El informe jurídico del Procurador General de la Universidad, contenido en memorando No. UPEC-PG-2018-106-M de 22 de junio de 2018, que se ha remitido adjunto al oficio de consulta, cita los artículos 355 de la Constitución de la República, 12, 13 letra f), 17 y 18 letras b) y e) de la Ley Orgánica de Educación Superior (en adelante LOES), que garantizan la autonomía de las universidades y escuelas politécnicas.

Por otra parte, el referido informe invoca el artículo 70 de la LOES, que establece el régimen laboral aplicable a los servidores docentes y no docentes de los establecimientos públicos de educación superior, así como el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público (en adelante LOSEP), que establece el ámbito de aplicación de ese cuerpo normativo.

Con respecto a los procedimientos disciplinarios de los servidores públicos, el informe jurídico se refiere al sumario administrativo reglado por los artículos 44 de la LOSEP y 90 al 98 de su Reglamento General, así como a la “Norma Técnica de Sustanciación de Sumarios Administrativos

para las y los Servidores Públicos”, expedida por el Ministerio del Trabajo mediante Acuerdo No. MDT-2017-0169, publicado en el Registro Oficial No. 117 de 10 de noviembre de 2017.

El informe jurídico de la entidad consultante no analiza el ámbito de aplicación del Código Orgánico Administrativo y se limita a exponer una conclusión general, en los siguientes términos:

“Por los antecedentes legales expuestos es criterio de esta Procuraduría General que los servidores públicos bajo el régimen de la LOSEP y de la LOES (profesores/investigadores) que prestan sus servicios en las Universidades y Escuelas Politécnicas públicas del Sistema de Educación Superior Público; los procesos administrativos sancionatorios deberán aplicar lo dispuesto en el Código Orgánico Administrativo; para lo cual se ajustará la normativa interna de la Universidad a lo señalado por el Código Orgánico Administrativo. La Norma Técnica de Sustanciación de Sumarios Administrativos para las y los servidores públicos; emitida mediante Acuerdo Ministerial No. MDT-2017-0169; publicado en el Registro Oficial No. 117 de 10 de noviembre del 2017; no es norma aplicable para regular el proceso para la sustanciación del sumario administrativo en contra de los servidores de las Instituciones de Educación Superior”.

Por su parte, la Coordinadora General de Asesoría Jurídica del Ministerio del Trabajo con relación a la materia de consulta, cita entre otros los artículos 44 y 51 letra a) de la LOSEP que definen al sumario administrativo y confieren a esa Secretaría de Estado atribución para normar su procedimiento y expedir normas técnicas en materia de recursos humanos; así como el artículo 52 de la misma ley, cuya letra o) asigna a las Unidades de Administración del Talento Humano (UATH) competencia para receptar quejas y denuncias contra servidores públicos, elevar informe a la autoridad nominadora y realizar el seguimiento oportuno.

Además, invoca el artículo 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior que establece los regímenes jurídicos aplicables a los servidores docentes y no docentes de los establecimientos públicos de educación superior y los artículos 2 y 96 del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, que señalan su ámbito de aplicación y las causas de cesación del personal académico.

Con respecto al Código Orgánico Administrativo (COA), el criterio jurídico del Ministerio del Trabajo cita los artículos 42, 134 y 248 que se refieren al ámbito material de aplicación de ese Código, las reglas comunes a todo procedimiento administrativo y las garantías aplicables, así como las Disposiciones Derogatorias Primera y Novena que dejan sin efecto todas las disposiciones generales y especiales sobre procedimiento administrativo. Finalmente manifiesta lo siguiente:

“El fin de la potestad disciplinaria de la Administración constituye la expresión de la necesidad de resguardar el orden jurídico institucional (organizativo) para permitirle la realización de sus fines, imponiendo a cuantos están a ella integrados, una disciplina (...)”.

Sobre dicha base, con relación al procedimiento aplicable respecto de los servidores sujetos a la LOSEP, el criterio jurídico del Ministerio del Trabajo analiza y concluye lo siguiente:

“(…) Queda claro entonces, que el régimen disciplinario y su procedimiento nace del artículo 44 (reformado) de la Ley Orgánica del Servicio Público y de la Norma Técnica de Sustanciación de Sumarios Administrativos para las y los Servidores Públicos, excluyéndose a los docentes de las Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas amparados por la Ley Orgánica de Educación Superior (…).

En este contexto, el ejercicio de la potestad disciplinaria sobre la conducta de los servidores públicos, es facultad privativa del Ministerio del Trabajo, ejercida a través de los Inspectores del Trabajo, en razón del tipo de falta administrativa, sobre quien se hubiere iniciado una acción disciplinaria, tal como se señala en el artículo 7 de la Norma Técnica de Sustanciación de Sumarios Administrativos para las y los Servidores Públicos.

(…) en el artículo 13 de la referida Norma Técnica se establecen los requisitos de la solicitud del Sumario Administrativo, entre los cuales no consta la verificación de la ejecución de las acciones previas, del informe de la UATH y la providencia de la Autoridad Nominadora, no obstante la letra b) del referido artículo señala que la petición del sumario administrativo se lo efectuará a través de las máximas autoridades o su delegado, por lo tanto las acciones previas, señaladas en el artículo 91 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, no constituyen requisito obligatorio para iniciar el sumario administrativo”.

Con relación al procedimiento disciplinario aplicable a los docentes de los establecimientos públicos de educación superior, el Ministerio del Trabajo concluye:

“Toda vez que las Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas, se encuentran exentas del ámbito de aplicación de la Norma Técnica de Sustanciación de Sumarios Administrativos para las y los Servidores Públicos, la aplicación de las sanciones administrativas para los profesores e investigadores deberá remitirse al artículo 207 de la Ley Orgánica de Educación Superior y demás normativa de su especialidad en la que se establezca el procedimiento para aplicar el régimen disciplinario a los servidores que se encuentran sujetos al amparo de esta Ley”.

Para atender la consulta se considera que según el primer inciso del artículo 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”.

El artículo 3 de la LOSEP establece su ámbito de aplicación y prevé que sus disposiciones son de aplicación obligatoria a toda la administración pública, en materia de recursos humanos. El cuarto inciso posterior al numeral 4 de ese artículo, reconoce regímenes especiales de administración de personal establecidos en otras leyes, como es el caso de los docentes de las universidades públicas, reglado por la Ley Orgánica de Educación Superior como se verá más adelante.

Respecto a los servidores públicos sujetos al ámbito general de aplicación de la LOSEP, su artículo

41 ubicado en el Capítulo 4 “Del Régimen Disciplinario”, dispone lo siguiente:

“Art. 41.- Responsabilidad administrativa.- La servidora o servidor público que incumpliere sus obligaciones o contraviniera las disposiciones de esta Ley, sus reglamentos, así como las leyes y normativa conexas, incurrirá en responsabilidad administrativa que será sancionada disciplinariamente, sin perjuicio de la acción civil o penal que pudiere originar el mismo hecho.

La sanción administrativa se aplicará conforme a las garantías básicas del derecho a la defensa y el debido proceso”.

Las faltas administrativas y las sanciones disciplinarias aplicables a los servidores públicos sujetos al ámbito general de la LOSEP, están tipificadas y previstas en los artículos 42 y 43, respectivamente y se sustancian a través del procedimiento de sumario administrativo, definido por el artículo 44²²² en la siguiente forma:

“Art. 44.- Sumario administrativo.- Es el proceso administrativo, oral y motivado por el cual el Ministerio del Trabajo determinará el cometimiento o no de las faltas administrativas graves establecidas en la presente Ley, por parte de una servidora o un servidor de una institución pública e impondrá la sanción disciplinaria correspondiente. Su procedimiento se normará a través del Acuerdo que para el efecto expida el Ministerio del Trabajo.

El sumario administrativo se ejecutará en aplicación de las garantías al debido proceso, con la participación de las partes involucradas, respeto al derecho a la defensa y aplicación del principio de que en caso de duda prevalecerá lo más favorable a la servidora o servidor público.

Si el Ministerio del Trabajo establece responsabilidades administrativas impondrá a la servidora o al servidor sumariado las sanciones señaladas en la presente Ley. De encontrar elementos que puedan conllevar una ulterior determinación de responsabilidades civiles o penales, correrá traslado a la Contraloría General del Estado o a los órganos jurisdiccionales competentes, según corresponda”.

Según el tenor de la norma transcrita el sumario administrativo es un procedimiento disciplinario, que tiene por finalidad determinar si los servidores públicos han incurrido o no en las faltas administrativas graves establecidas por la LOSEP. De acuerdo con la misma norma, corresponde al Ministerio del Trabajo reglar el procedimiento de sumario administrativo, lo que ha efectuado mediante Acuerdo Ministerial No. MDT-2017-0169 de 27 de octubre de 2011 que contiene la “Norma Técnica de Sustanciación de Sumarios Administrativos para las y los Servidores Públicos”²²³, cuyo artículo 2 establece su ámbito en la siguiente forma:

222 Artículo sustituido por el artículo 7 de Ley No. 0, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 1008 de 19 de mayo de 2017.

223 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 117 de 10 de noviembre de 2017.

“Art. 2.- **Ámbito.**- Las disposiciones de esta Norma Técnica son de aplicación obligatoria para todas las instituciones del Estado, determinadas en el artículo 3 de la LOSEP.

Se excluye de la aplicación de la presente Norma Técnica, a los miembros activos de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, Cuerpos de Bomberos, Comisión de Tránsito del Ecuador; las y los docentes de las Universidades y Escuelas Politécnicas públicas amparados por la Ley Orgánica de Educación Superior; las y los docentes bajo el régimen de la Ley Orgánica de Educación Intercultural; el personal que pertenezca a la carrera de la función judicial, el personal sujeto a la carrera diplomática del servicio exterior, el personal de empresas públicas y aquellos servidores que pertenezcan a una carrera determinada específicamente en sus leyes especiales”. (Lo resaltado me pertenece).

Por tanto, la “Norma Técnica de Sustanciación de Sumarios Administrativos para las y los Servidores Públicos” expedida por el Ministerio del Trabajo, establece el procedimiento disciplinario general aplicable a los servidores de las entidades del sector público sujetas a su ámbito, en concordancia con el artículo 3 de la LOSEP.

Por su parte, el artículo 91 del Reglamento General a la LOSEP²²⁴ prevé acciones previas que según su tenor “se deberán cumplir” antes de iniciar el sumario administrativo, entre ellas el informe que la Unidad de Talento Humano (UATH) de la respectiva entidad debe dirigir a la autoridad nominadora, con los fundamentos de hecho, de derecho y los documentos de respaldo sobre la presunta falta disciplinaria grave en que hubiere incurrido el servidor.

En cuanto al numeral 3 del mencionado artículo 91, que prevé que una vez recibido el informe, la autoridad nominadora o su delegado “dispondrá a la UATH”, de ser el caso, el inicio del sumario administrativo, el mismo por ser anterior a la reforma del artículo 44 de la LOSEP que otorga competencia al Ministerio del Trabajo para el ejercicio de la acción disciplinaria, debe ser entendido en armonía con esa norma legal.

Por su parte, el artículo 12 de la Norma Técnica expedida por el Ministerio del Trabajo establece que: “El sumario administrativo se ejercerá por requerimiento presentado mediante solicitud de inicio del sumario administrativo por parte de las instituciones contempladas en el ámbito de la presente norma”.

Del análisis hasta aquí efectuado se observa que el artículo 3 de la LOSEP establece el régimen general aplicable a los servidores de las entidades del sector público en materia de recursos humanos, lo que incluye el régimen disciplinario que permite determinar el cometimiento o no de faltas administrativas graves según los artículos 41 al 44 de esa ley, mediante el procedimiento de sumario administrativo cuya regulación compete al Ministerio del Trabajo de acuerdo con el primer inciso del citado artículo 44 de la LOSEP.

Por otra parte, en armonía con el cuarto inciso posterior al numeral 4 del artículo 3 de la LOSEP

que según se revisó en los antecedentes reconoce “régimenes especiales de administración de personal establecidos en otras leyes”, la parte final del artículo 84 de la misma ley dispone que: “(...) los docentes e investigadores de las universidades se regirán por la Ley de Educación Superior, en función a lo consagrado en el Artículo 355 de la Constitución”.

En el mismo sentido, el artículo 70 de la LOES determina que los profesores e investigadores de las universidades y escuelas politécnicas públicas son servidores públicos sujetos a un régimen propio, contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior.

Sobre dicha base normativa, en pronunciamientos contenidos en oficios Nos. 09858 de 21 de septiembre de 2012 y 11053 de 13 de diciembre de 2012, se analizan los regímenes jurídicos aplicables al personal de los establecimientos públicos de educación superior. En el primero de dichos pronunciamientos se manifestó lo siguiente:

“En el ámbito del sector público, las relaciones del Estado y su personal de servidores públicos se rigen por diferentes cuerpos normativos. Considerando que la consultante es una Universidad pública, se aplica la Ley Orgánica de Educación Superior, respecto del personal docente; la Ley Orgánica del Servicio Público para los servidores no docentes; y, el Código del Trabajo para los obreros”.

El procedimiento disciplinario aplicable al personal docente e investigadores de los establecimientos públicos de educación superior, está reglado por el artículo 207 reformado de la LOES²²⁵ que además tipifica las faltas y las sanciones; respecto al procedimiento dispone:

“Art. 207.- Sanciones para las y los estudiantes, profesores o profesoras, investigadores o investigadoras, servidores o servidoras y las y los trabajadores.

(...)

Los procesos disciplinarios se instauran, de oficio o a petición de parte, a aquellas y aquellos estudiantes, profesores e investigadores que hayan incurrido en las faltas tipificadas por la presente Ley y los Estatutos de la Institución. La normativa interna institucional establecerá el procedimiento y los órganos competentes, así como una instancia que vele por el debido proceso y el derecho a la defensa.

La sanción de separación definitiva de la institución, así como lo previsto en el literal e) precedente, son competencia privativa del Órgano colegiado superior.

225 Artículo sustituido por el artículo 142 de Ley No. 0, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 297 de 2 de agosto del 2018.

El Órgano definido en los estatutos de la institución, en un plazo no mayor a los sesenta días de instaurado el proceso disciplinario, deberá emitir una resolución que impone la sanción o absuelve a las y los estudiantes, profesores e investigadores.

Las y los estudiantes, profesores e investigadores podrán recurrir ante el Órgano colegiado superior de la institución en los casos en los que se le haya impuesto una sanción por cometimiento de faltas calificadas como graves y de las muy graves cuya imposición no sea competencia del Órgano colegiado superior. De esta resolución cabe recurso de apelación ante Consejo de Educación Superior.

Los recursos que se interpongan en contra de la resolución, no suspenderán su ejecución.

Las sanciones para las y los servidores públicos serán las previstas en la Ley Orgánica del Servicio Público, y para las y los trabajadores de las instituciones de educación superior públicas y privadas se aplicará el Código del Trabajo”.

Antes de la reforma recientemente introducida al artículo 207 de la LOES, en pronunciamiento contenido en oficio No. 09669 de 6 de septiembre de 2012, al atender una consulta formulada por el Rector de la Universidad Técnica del Norte, la Procuraduría General del Estado concluyó que: “(...) el procedimiento que debe adoptar esa Universidad para la investigación y sanción de los docentes, es el determinado por el artículo 207 de la Ley Orgánica de Educación Superior”.

Con posterioridad, mediante pronunciamiento contenido en oficio No. 10443 de 4 de mayo de 2017, en atención a una consulta formulada por la Universidad Técnica de Machala sobre la aplicación del artículo 87 del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior (RCEPES), este Organismo concluyó:

“(...) las causales de destitución establecidas por el artículo 48 de la LOSEP son aplicables a los docentes e investigadores de los establecimientos públicos de educación superior, por su calidad de servidores públicos, en virtud de la remisión que efectúa el artículo 87 del RCEPES, **sin que ello modifique el régimen jurídico específico aplicable a los docentes, que es el establecido por la LOES ni el procedimiento disciplinario aplicable a los docentes e investigadores, que es el establecido por el artículo 207 de la LOES**, según se concluyó en el pronunciamiento de este Organismo, contenido en oficio No. 09669 de 6 de septiembre de 2012”. (El énfasis me corresponde).

La vigencia del Código Orgánico Administrativo (en adelante COA) impone analizar su ámbito material de aplicación, a fin de establecer si incluye o no a los procedimientos disciplinarios generales reglados por la LOSEP y especiales, como es el caso del regulado por la Ley Orgánica de Educación Superior y el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, aplicable exclusivamente respecto del personal académico de los establecimientos públicos de educación superior. Al efecto se considera que el artículo 42 del COA dispone:

“Art. 42.- Ámbito material. El presente Código se aplicará en:

1. La relación jurídico administrativa entre las personas y las administraciones públicas.
2. La actividad jurídica de las administraciones públicas.
3. Las bases comunes a todo procedimiento administrativo.
4. El procedimiento administrativo.
5. La impugnación de los actos administrativos en vía administrativa.
6. La responsabilidad extracontractual del Estado.
7. Los procedimientos administrativos especiales para el ejercicio de la potestad sancionadora.
8. La impugnación de los procedimientos disciplinarios salvo aquellos que estén regulados bajo su propia normativa y apliquen subsidiariamente este Código.
9. La ejecución coactiva.

Para la impugnación de actos administrativos, en vía administrativa y, para el procedimiento coactivo, se aplicarán únicamente las normas previstas en este Código”.

De la norma transcrita claramente se observa que el artículo 42 del COA diferencia y trata por separado al procedimiento sancionador previsto en el numeral 7 y al procedimiento disciplinario según el numeral 8, previendo para éste último caso que se regule “bajo su propia normativa” y solo subsidiariamente aplique el COA.

Entre el derecho sancionador y el disciplinario existe una relación de género y especie, que ha sido examinada por la doctrina y la jurisprudencia. Así por ejemplo, al revisar los tipos de procedimiento administrativo, Ramos Acevedo expone:

“6. *Procedimiento sancionador*. Se produce por el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración, por incumplimiento de las obligaciones a cargo de los particulares o de los empleados de la propia administración. Cuando la sanción se impone a los particulares recibe el nombre de procedimiento correctivo, cuando se impone a los servidores públicos se denomina disciplinario”.²²⁶

En éste sentido, García de Enterría y Fernández explican:

“Hemos hecho una alusión a la cuestión de la potestad sancionatoria en las llamadas relaciones de sujeción especial. Este problema surge desde la peculiaridad de la llamada potestad disciplinaria, que es la que la administración ejerce normalmente sobre los agentes que están integrados en su organización (...)”.²²⁷

²²⁶ Ramos Acevedo, Jaime, Cátedra de Derecho Administrativo General y colombiano, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, s/f, pág. 435.

²²⁷ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Temis

Sobre el tema, la jurisprudencia en Colombia ha resuelto que:

“(…) la acción disciplinaria se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la Administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc., y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo (…).

(…) el Estado puede ejercer el *ius puniendi* por medio de distintas modalidades jurídicas, entre las cuales se cuenta el derecho disciplinario ‘enderezado a regular el comportamiento disciplinario de su personal, fijando los deberes y obligaciones de quienes lo integran, las faltas, las sanciones correspondientes y los procedimientos para aplicarlas’ ”.²²⁸

De igual forma, Dromi en Argentina manifiesta:

“11.3 Ámbito de aplicación. El ámbito de aplicación de las sanciones disciplinarias está circunscripto a los *funcionarios o empleados públicos*, quienes tienen deberes inherentes a la función o empleo, de conformidad con las normas que lo reglamentan. Las obligaciones de la función se justifican para el normal desenvolvimiento de la actividad administrativa de los organismos del Estado, dentro del marco de la organización administrativa jerarquizada.

(…)

11.4 Procedimiento. El *procedimiento administrativo disciplinario* tiende a investigar acabadamente la existencia de las faltas y comprobar la relación de incumplimiento que las ha provocado. Por ello se ha fijado una técnica jurídica para asegurar la verificación de las pruebas y comprobar la conducta lesiva del agente: el *proceso sumarial disciplinario*. (…)”²²⁹

Del análisis jurídico efectuado, con relación a la primera consulta se concluye que los procedimientos disciplinarios de los servidores públicos se rigen por su propia normativa y por tanto el COA es aplicable solo en forma subsidiaria según el tenor del numeral 8 de su artículo 42.

En consecuencia, respecto de la segunda consulta se concluye que los servidores no docentes de los establecimientos públicos de educación superior, están sujetos al ámbito de aplicación de la LOSEP según su artículo 3 y por tanto en materia disciplinaria al procedimiento de sumario

S.A-Palestra, Bogotá-Lima, 2008, pág. 155.

²²⁸ Sentencias C242 de 2010 y C-181 de 2002, citadas por Carlos Gómez, El Derecho Disciplinario en Colombia. El Estado del Arte, Artículo presentado en el II Congreso Internacional de Derecho Disciplinario, realizado en México durante los días 7 a 9 de septiembre de 2010, en el marco de la Confederación Internacional de Derecho Disciplinario.

²²⁹ Dromi Roberto, Derecho Administrativo, Novena Edición, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001, págs. 316 y 317.

administrativo previsto por el artículo 44 de esa Ley y la Norma Técnica de Sustanciación de Sumarios Administrativos para las y los Servidores Públicos expedida por el Ministerio del Trabajo.

Mientras que para el caso del personal docente, al que se refiere la tercera consulta, los establecimientos públicos de educación superior deberán aplicar el procedimiento disciplinario específico para el personal académico, reglado por el artículo 207 de la Ley Orgánica de Educación Superior y el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior.

Con relación a su cuarta consulta se concluye que de acuerdo con el tenor del artículo 91 del Reglamento General a la LOSEP, las acciones previas que esa norma establece, preceden al inicio del procedimiento de sumario administrativo regulado por la Norma Técnica expedida por el Ministerio del Trabajo, en todo lo que no se contraponga al artículo 44 de la LOSEP.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, no es facultad de la Procuraduría General del Estado determinar las competencias administrativas de las Instituciones que forman parte del Sector Público.

REGISTRO DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN: CONSEJO DE REGULACIÓN Y DESARROLLO DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

Oficio PGE. No: 00185 de 17-08-2018

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO DE REGULACION Y DESARROLLO DE LA INFORMACION Y COMUNICACIÓN

CONSULTAS:

1. “¿Deben los medios de comunicación social seguir cumpliendo con la obligación prevista en el artículo 88 de la Ley Orgánica de Comunicación, que consiste en registrarse en el Registro Público de Medios a cargo del Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación?”
2. “¿Debe el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación, de conformidad con lo que establece el artículo 37 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Comunicación, seguir llevando a su cargo un Registro de los medios de comunicación social?”
3. “¿Debe el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación continuar recogiendo en el Registro Público de Medios a su cargo, todos los datos previstos en el artículo 37 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Comunicación, sin perjuicio de poder cruzar su información con otras bases de datos de instituciones públicas, como lo

señala el artículo precitado?”

4. “¿La Disposición General Primera del Código Orgánico Administrativo, afecta, impide o limita el cumplimiento de los medios de comunicación social y el CORDICOM a los artículos 88 y 89 de la Ley Orgánica de Comunicación; y, 37 de su Reglamento General?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador: Arts. 82, 226.

Código Orgánico Administrativo: Disp. General Primera y Disp. Derogatoria Cuarta.

Ley Orgánica de Comunicación: Arts. 57, 59, 82, 88 y 89.

Ley Registro Único de Contribuyentes: Arts. 1 y 2.

Reglamento General de la Ley Orgánica de Comunicación: Art. 37.

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

En su oficio de consulta refiere el siguiente antecedente:

“3.1.- La Ley Orgánica de Comunicación (...) en su artículo 88 creó el Registro Público de Medios, el cual establece la obligatoriedad para los medios de comunicación de registrarse en ese catastro a cargo del Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación, y de notificarle cualquier cambio en la información registrada; bajo prohibición de no poder pautar publicidad de ninguna entidad del Estado en caso de su no registro”.

Expresa en su oficio que, en el artículo 37 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Comunicación se determinan los datos que debe contener el Registro Público de Medios a cargo del CORDICOM, y que los medios de comunicación de forma obligatoria deben actualizar su información una vez al año hasta el 31 de marzo, agregando que la información del registro puede ser cruzada con las bases de datos de las instituciones públicas.

Indica que de la Disposición General Primera del Código Orgánico Administrativo se infiere que: “a) del Registro Único de Contribuyentes se obtendrá el Registro Único de Operadores Económicos (RUOE); b) es obligación de las administraciones utilizar el RUOE cuando por fines de registro o control requieran datos de los operadores que constan en esas bases; y, c) está prohibido crear o expedir nuevos registros” y que estas observaciones podrían afectar los artículos 88 de la Ley Orgánica de Comunicación y 37 de su Reglamento General referentes al Registro Público de Medios.

En el memorando No. CORDICOM-CAJ-2018-0109-M de 25 de junio de 2018 anexado a su oficio de consulta, el Coordinador de Asesoría Jurídica Encargado expone su criterio en los siguientes términos:

“5.1.- El Registro Público de Medios no es ni puede ser considerado como un nuevo Registro, pues fue creado a través de la Ley Orgánica de Comunicación el 25 de junio del 2013.

5.2.- Existen normas legales que de manera clara determinan que el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación está a cargo del Registro Público de Medios y que debe crear una herramienta tecnológica para que los medios de comunicación social se registren y puedan actualizar su información, como efectivamente lo ha cumplido.

5.3.- La Ley Orgánica de Comunicación manda a los medios de comunicación social a registrarse y actualizar su información de manera obligatoria en el Registro Público de Medios a cargo del Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación, y esas disposiciones se encuentran vigentes, por lo tanto son de obligatorio cumplimiento”.

Por su parte la Directora General del Servicio de Rentas Internas manifiesta que:

“(…) si bien el Servicio de Rentas Internas administra el Registro Único de Contribuyentes, ninguna norma de rango constitucional o legal le asigna a esta Administración Tributaria una competencia similar relativa al Registro Único de Operadores Económicos, como lo exige el artículo 226 de la Constitución de la República. Por lo tanto, en la actualidad, el Servicio de Rentas Internas no está jurídicamente legitimado para administrar el Registro Único de Operadores Económicos”.

En este sentido, la titular del Servicio de Rentas Internas expone su criterio institucional respecto de las tres primeras consultas planteadas, en los siguientes términos:

“1) (...) Los medios de comunicación social deben seguir inscribiéndose en el Registro Público de Medios hasta que efectivamente se encuentre en operación el Registro Único de Operadores Económicos.

2) (...) El Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación debe seguir administrando un registro de medios de comunicación social hasta que efectivamente se

encuentre en operación el Registro Único de Operadores Económicos.

- 3) (...) El Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación debe seguir alimentando información en el Registro Público de Medios, sin perjuicio de interactuar con bases de datos de otras instituciones públicas, hasta que efectivamente se encuentre en operación el Registro Único de Operadores Económicos”.

Los criterios jurídicos institucionales del Coordinador de Asesoría Jurídica del Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación y de la Directora General del Servicio de Rentas Internas, son coincidentes respecto de que la Disposición General Primera del Código Orgánico Administrativo no ha determinado la entidad que debe administrar el Registro Único de Operadores Económicos (en adelante RUOE), ni los plazos para su creación; así como, tampoco los datos o información que debe contener dicho registro.

De otro lado, la Directora Nacional de Registro de Datos Públicos precisa que:

“(…) el Registro Público de Medios administrado por el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación en la actualidad no forma parte del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos; y por tanto, este no se encuentra sujeto al control y supervisión de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos; sin perjuicio de que éste o el Registro Único de Operadores Económicos integre en el futuro el SINARDAP de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos”.

Para atender sus consultas se considera que el inciso primero del artículo 88 de la Ley Orgánica de Comunicación²³⁰ dispone:

“Registro público.- Los medios de comunicación social se registrarán obligatoriamente en un catastro a cargo del Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación dicho catastro deberá contener datos generales que se determinarán en el Reglamento”.

Por su parte, el artículo 89 de la mencionada Ley Orgánica establece:

“Actualización.- Los medios de comunicación deberán notificar al Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación todo cambio en la información registrada”.

El artículo 37 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Comunicación²³¹ determina que el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación llevará un registro público de los medios de comunicación, para lo cual implementará una aplicación en línea que deberá ser

230 Publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 22 de 25 de junio de 2013.

231 Expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 214 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 170 de 27 de enero de 2014.

actualizada de manera obligatoria por cada medio una vez al año hasta el 31 de marzo, la cual recogerá datos como la razón social de la empresa de comunicación, el nombre comercial del medio de comunicación o marcas de sus productos comunicacionales, el nombre del representante legal, entre otros. La citada norma reglamentaria prevé además que la información del registro puede ser cruzada con las bases de datos de las instituciones públicas.

De su parte la Disposición General Primera del Código Orgánico Administrativo²³² establece:

“Del Registro Único de Contribuyentes se obtendrá el Registro Único de Operadores Económicos (RUOE). Todas las administraciones que requieran datos de estos operadores para fines de registro o control deberán utilizar el RUOE para dichos fines, quedando prohibida la creación o expedición de nuevos registros”.

Según los artículos 1 y 2 de la Ley del Registro Único de Contribuyentes²³³ dicho registro “(...) es un instrumento que tiene por función registrar e identificar a los contribuyentes con fines impositivos y como objeto proporcionar información a la Administración Tributaria”, y el mismo debe ser administrado por el Servicio de Rentas Internas.

De las normas jurídicas citadas se desprende que el Registro Único de Operadores Económicos creado por la Disposición General Primera del Código Orgánico Administrativo, deriva del Registro Único de Contribuyentes administrado por el Servicio de Rentas Internas, y que dicha Disposición General prohíbe la creación o expedición de nuevos registros.

Es pertinente considerar que la Disposición Derogatoria Cuarta del Código Orgánico Administrativo derogó expresamente los artículos 57 y 59 de la Ley Orgánica de Comunicación, sin considerar las normas relacionadas con el Registro Público de Medios contemplado en los artículos 88 y 89 de dicha Ley Orgánica.

El artículo 82 de la Constitución de la República establece que el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta “(...) en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

El artículo 226 de la referida Constitución 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 (...)”.

Los artículos 88 y 89 de la Ley Orgánica de Comunicación como se mencionó anteriormente, no han sido derogados expresamente por el Código Orgánico Administrativo, por tanto se encuentran vigentes y por consiguiente también lo está el artículo 37 de su Reglamento General.

232 Publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017.

233 Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 398 de 12 de agosto de 2004.

Por lo expuesto, en atención a sus tres primeras consultas se concluye que de conformidad con el artículo 88 de la Ley Orgánica de Comunicación, le corresponde al Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación continuar administrando el Registro Público de Medios de Comunicación Social, en el que se deben registrar, consignar y actualizar los datos de los medios de comunicación, de acuerdo con lo previsto en los artículos 89 de la citada Ley Orgánica y 37 de su Reglamento General.

CUARTA CONSULTA:

(...)

En el memorando No. CORDICOM-CAJ-2018-0109-M de 25 de junio de 2018 anexado a su oficio de consulta, el Coordinador de Asesoría Jurídica Encargado manifiesta lo siguiente:

“5.4.- La Disposición General Primera del Código Orgánico Administrativo, conlleva una obligación para las instituciones del Estado y una prohibición también; la obligación es de utilizar el Registro Único de Operadores Económicos cuando sea necesario por temas de registro y control; y, la prohibición es de crear o expedir nuevos registros. Como ya se ha aclarado, el Registro Público de Medios no es un nuevo registro por lo que no se estaría incurriendo en esa prohibición; y, no se conoce hasta el momento que datos contiene el RUOE ni que Institución estará a su cargo, por lo que el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información debe cumplir con lo que establece la Ley Orgánica de Comunicación respecto del manejo del Registro Público de Medios.

De las conclusiones anteriores se deduce que el (sic) la Disposición General Primera del Código Orgánico Administrativo, no afectaría a las disposiciones de la Ley Orgánica de Comunicación sobre el Registro Público de Medios, por lo que el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación debe continuar aplicando dichas normas, sin perjuicio de observar las demás normas que conforman nuestro ordenamiento jurídico”.

Por su parte, la Directora General del Servicio de Rentas Internas manifiesta su criterio en los siguientes términos:

“La Disposición General Primera del Código Orgánico Administrativo afectará, una vez que se encuentre en operación el Registro Único de Operadores Económicos, la aplicación de los artículos 88 y 89 de la Ley Orgánica Comunicación y 37 de su reglamento general de aplicación”.

Los artículos 88 y 89 de la Ley Orgánica de Comunicación entraron en vigencia a partir de su publicación en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 22 de 25 de junio de 2013, en tanto que la Disposición General Primera del Código Orgánico Administrativo que establece el RUOE y prohíbe la creación o expedición de nuevos registros, entró en vigencia luego de transcurridos doce

meses contados a partir del 7 de julio de 2017, fecha de su publicación en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 31, conforme a la Disposición Final de ese Código, sin que haya derogado o reformado las normas relacionadas con el Registro Público de Medios contemplado en la Ley Orgánica de Comunicación.

Adicionalmente, el referido Código Orgánico Administrativo no ha determinado la entidad que administrará el RUOE creado por su Disposición General Primera, así como tampoco la información que deberá contener dicho Registro, vacío normativo que no se puede suplir a través de un pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado, que según los artículos 237 numeral 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado trata sobre la aplicación de normas, razón por lo cual me abstengo de atender su cuarta consulta.

REVERSIÓN DE BIEN EXPROPIADO

Oficio PGE No. 02061 de 06-07-2018

CONSULTANTE: SERVICIO DE GESTIÓN INMOBILIARIA DEL SECTOR PÚBLICO, INMOBILIAR

CONSULTAS:

1. “De conformidad con los artículos 58.7 inciso primero y 58.8 inciso segundo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: ¿Es susceptible de enajenar un bien inmueble expropiado, por medio de una subasta pública, considerando que no será utilizado para el objeto que fue expropiado por falta de recursos fiscales, y ha transcurrido el tiempo que tenía el expropiado para readquirir el inmueble; quedando como un bien improductivo; considerando además el régimen de austeridad decretado por el Ejecutivo (Decreto 135 de 1 de septiembre del 2017)?”
2. “De conformidad con los artículos 58.7 inciso primero y, 58.8 inciso segundo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: ¿Es susceptible de transferir el dominio de un bien inmueble expropiado a otras entidades del sector público a título gratuito, considerando que no será utilizado para el objeto que fue expropiado por falta de recursos fiscales, y ha transcurrido el tiempo que tenía el expropiado para readquirir el inmueble; quedando como un bien improductivo; considerando además el régimen de austeridad decretado por el Ejecutivo?”.

BASE LEGAL:

Constitución de la República del Ecuador: Arts. 1, 66 núm. 26, 66 núm. 29, 211, 212, 226, 227, 233, 321, 323 y 425.

Código Civil, Art. 11.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: Arts. 10, 14, 19, 31, 58, 58.1, 58.2, 58.3, 58.5, 58.7 y 58.8.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización: Arts. 447.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado: Arts. 1, 3 y 40.

Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública: Art. 5.

Reglamento General para la Administración, Utilización, Manejo y Control de los Bienes e Inventarios del Sector Público: Arts. 1 y 107.

Reglamento de Enajenación de Bienes de INMOBILIAR: Arts. 1, 2 y 3.

Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: Arts. 62 y 63.

Decreto Ejecutivo No. 135 de 11 de septiembre de 2017: Arts. 1 y 30.

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

El criterio jurídico de la entidad consultante invoca los artículos 1, 227, 233, 323 y 425 de la Constitución de la República; 1, 3 y 40 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; 58, 58.1, 58.2, 58.3, 58.5, 58.7 y 58.8 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; 62 y 63 de su Reglamento General; 447 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; 1 y 107 del Reglamento General para la Administración, Utilización, Manejo y Control de los Bienes e Inventarios del Sector Público; una sentencia expedida por la Corte Suprema de Justicia el 27 de mayo de 2002²³⁴ y los artículos 1 y 30 del Decreto Ejecutivo No. 135 de 11 de septiembre de 2017. Sobre dicha base, concluye lo siguiente:

“Circunscribiendo la base legal y jurisprudencia citada en líneas precedentes, se consideraría procedente el análisis y conclusiones detallados en la petición; en el sentido de que la reversión expropiatoria ya no puede ser efectuada por el expropiado o sus derechohabientes, por lo que se podría declarar mediante la emisión del acto administrativo motivado por la máxima autoridad de INMOBILIAR que, ante la necesidad de utilización del bien o los bienes expropiados, para responder a una finalidad de utilidad pública y de interés social, se efectúe la transferencia de los mismos por mutuo acuerdo entre instituciones públicas o transferencia

a terceros, sin afectar los intereses del Estado dado el beneficio económico que representaría dicha actuación de la administración pública, cabe señalar que no operaría la desafectación de los bienes expropiados, pues los mismos, no han dejado de tener la calidad de bienes destinados al servicio público. En consecuencia, se considera necesaria la formulación de una consulta jurídica a la Procuraduría General del Estado, sobre la temática planteada y en base a las preguntas propuestas en la petición”.

Por su parte, la Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública, cita los artículos 226 de la Constitución de la República; 10, 14, 58, 58.7 y 58.8 de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública; 3 y 4 del Decreto Ejecutivo No. 798²³⁵ que transformó la Unidad de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, en el Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público INMOBILIAR; 1, 2 y 3 del Reglamento de Enajenación de Bienes de INMOBILIAR, cuyo ámbito se circunscribe a la enajenación de bienes transferidos a INMOBILIAR; y artículos 1 y 31 del Reglamento General para la Administración, Utilización, Manejo y Control de los Bienes e Inventarios del Sector Público, al amparo de los cuales efectúa el siguiente análisis:

“Al respecto, este Servicio solamente puede pronunciarse señalando que los artículos a los que hace referencia INMOBILIAR, fueron incorporados a través de la Ley Orgánica para la Eficiencia de la Contratación Pública, que reformó la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con la publicación de la citada Ley Reformatoria, en Registro Oficial Suplemento No. 966 de 20 de marzo de 2017. Por lo expuesto, desde un análisis estrictamente legal, los mismos serían aplicables únicamente para las expropiaciones realizadas a partir del 20 de marzo de 2017.

Tal como se mencionó con anterioridad, este Servicio no es competente para pronunciarse sobre la solicitud efectuada por INMOBILIAR, así, en el hipotético que estos bienes expropiados se encontraran bajo la custodia de INMOBILIAR, cabe señalar que el Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, expidió la Tercera Codificación al Reglamento de Enajenación de Bienes de INMOBILIAR. El artículo 1, establece como ámbito de aplicación la regulación del procedimiento para la enajenación de los bienes transferidos a INMOBILIAR. De este modo, será el Director General de tal Servicio el encargado de autorizar la enajenación de bienes (Art. 2); y, los bienes susceptibles de enajenación, serían aquellos se encuentren registrados contablemente en el Código 146 del Catálogo General de Cuentas Contables del Sector Público no Financiero (Art. 3).

(...)

En conclusión este Servicio no podría pronunciarse respecto a si un bien inmueble expropiado, es o no, susceptible de enajenación o de transferencia de dominio a título gratuito, pues, como se señaló con anterioridad, el SERCOP, es el ente rector de las compras públicas. Sin embargo, no cuenta con competencia alguna respecto a los procesos de expropiación efectuados por las entidades públicas, ni puede interferir en la declaratoria de utilidad pública que realiza cada institución pública, al iniciar un proceso de expropiación de un bien inmueble”.

Para atender sus consultas se considera como antecedente que, el principio de legalidad que debe regir la actuación de la administración pública, consta en el artículo 226 de la Constitución de la República²³⁶, que prescribe lo siguiente:

“Art. 226.- 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”.

El numeral 26 del artículo 66 de la Constitución de la República reconoce y garantiza a las personas:

“26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas”.

Adicionalmente, el artículo 321 de la Carta Constitucional dispone que el Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta.

Dentro del marco de respeto a los derechos garantizados en la Constitución, su artículo 323 prescribe lo siguiente:

“Art. 323.- 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 resaltado me corresponde).

La disposición constitucional invocada, permite la expropiación de bienes por parte de las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley, a la vez que prohíbe la confiscación.

En armonía con la norma constitucional, el inciso primero del artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública²³⁷ (en adelante LOSNCP), sustituido por el artículo 5 de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública²³⁸, prescribe que: “Cuando la máxima autoridad de la institución pública haya resuelto adquirir un determinado bien inmueble, necesario para la satisfacción de las necesidades públicas, procederá a la declaratoria de utilidad pública y de interés social de acuerdo con la Ley”.

236 Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

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

238 Sustituido por el artículo 5 de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 966 de 20 de marzo de 2017.

Dentro del contexto anteriormente indicado, a partir de la promulgación de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, se unificó la normativa referida al procedimiento expropiatorio, el cual está previsto en el artículo 58.1 y siguientes de la LOSNCP.

La potestad expropiatoria de la administración, por la cual se le priva de la propiedad a un particular, requiere lo que se denomina “causa expropriandi”, analizada por Eduardo García Enterría y Tomás Ramón Fernández²³⁹, en los siguientes términos:

“Este elemento de la potestad expropiatoria es capital: la expropiación ha de legitimarse en una causa precisa, tasada y estimada por la Ley, según veremos, lo que excluye cualquier uso libre de dicha potestad por la Administración.

(...) Lo primero que hay que notar es que el fin de la expropiación no es la mera ‘privación’ en que ésta consiste, sino el destino posterior a que tras la privación expropiatoria ha de afectarse el bien (...).

(...) En virtud de esta nota la expropiación forzosa se nos presenta como un instrumento y no como un fin, como un elemento dentro de una operación de poder público que la supera y trasciende. Toda expropiación singular ha de servir a esa finalidad instrumental, sin lo cual carecerá de causa (...).

Esto justifica también que la *causa expropriandi*, así especificada, se inserte en el fenómeno expropiatorio de un modo permanente y no solo en el momento previo de autorizar o abrir el ejercicio de la potestad de expropiar. Toda la expropiación queda vinculada al destino invocado como causa expropiatoria. El beneficiario queda gravado con la carga de realizar ese destino específico y de esta realización pende, en definitiva, la validez de la expropiación misma, en cuanto que su incumplimiento reviste al sujeto expropiado de un derecho de reversión sobre el bien expropiado (...).”

De lo dicho se desprende que, la “causa expropriandi” es un elemento esencial de la expropiación, ya que el destino que ha de darse al bien, es lo que justifica que se prive al administrado de su derecho de propiedad. En tal virtud, el incumplimiento de esa finalidad es causa para la reversión del bien.

Respecto a la naturaleza de la reversión, que en doctrina también se denomina “retrocesión”, Roberto Dromi²⁴⁰ manifiesta:

“Desde un punto de vista formal, la acción de retrocesión es el medio jurídico procesal por el que el propietario de un bien expropiado –por procedimiento *contencioso* o por *avenimiento*–

239 Curso de Derecho Administrativo II, Novena Edición, Thomson Civitas, 2004, Pág. 233 y 234.

240 Derecho Administrativo, Décimo Segunda Edición, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2009, Pág. 923-924.

pretende su recuperación, por destino distinto o por destino frustrado a la utilidad pública primeramente invocada en la ley expropiatoria (...). La retrocesión no sólo podrá lograrse por *acción judicial*, sino también mediante *avenimiento* o *gestión administrativa*.

Sustancialmente, la retrocesión es el derecho del expropiado al reintegro del bien del que ha sido privado por causa de utilidad pública, restituyendo, a su vez, el importe de la indemnización recibida, cuando dentro del plazo fijado no se cumple el destino que determinó la expropiación”.

El jurista Manuel María Diez²⁴¹, explica que la reversión se puede resolver administrativa o judicialmente, según manifiesta:

“(...) Así como la expropiación tiene sus procedimientos, también la retrocesión admite la utilización de dos tipos diversos de trámites: prejudicial y judicial. (...) la retrocesión podrá lograrse tanto por acción judicial como por avenimiento o gestión administrativa. Es posible pues, que una expropiación llevada a cabo por juicio expropiatorio quede sin efecto merced a la retrocesión obtenida por avenimiento o a la inversa.

7. Órgano competente

Si el expropiado no logra satisfacción en sede administrativa a su pretensión de obtener la restitución del bien que le fuera desapoderado – ya sea porque el expropiante dejó transcurrir el plazo de seis meses luego de la intimación fehaciente sin asignar destino alguno al bien o si no inició los trabajos o no los mantuvo conforme a los planes de obra aprobados o, si en última instancia, denegó expresa o tácitamente el reclamo administrativo previo – quedará habilitada la instancia judicial.

¿Ante qué órgano judicial debe radicarse la demanda por retrocesión? (...) Si la expropiación ha seguido el procedimiento extrajudicial –avenimiento- la demanda deberá interponerse ante el juez que hubiera sido competente de haber existido juicio expropiatorio (...). En el otro caso, es decir, si la expropiación se ha consumado mediante juicio, la demanda se entablará –por la conexidad que existe entre ambos procesos- ante el mismo juzgado que intervino en el juicio expropiatorio (...).

Reafirmando esa conexidad que existe entre la expropiación y la retrocesión, el art. 47 dispone que el procedimiento aplicable y la naturaleza de la litis serán las establecidas para el juicio expropiatorio”.

Por su parte, el artículo 58. 7 de la LOSNCP, regula la reversión y dispone lo siguiente:

241 Derecho Procesal Administrativo (Lo contencioso administrativo), con la colaboración de Tomás Hutchinson, Editorial Plus Ultra, 1983, Buenos Aires, Pág. 330, 331, 336, 337.

“Art. 58.7.- Reversión. En cualquier caso en que la institución pública no destine el bien expropiado a los fines expresados en la declaratoria de utilidad pública y de interés social, dentro del plazo de dos años, contado desde la fecha en que quede inscrita en el Registro de la Propiedad la transferencia de dominio, el propietario podrá pedir su reversión ante el mismo órgano que emitió la declaratoria de utilidad pública y de interés social o ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en el plazo de tres años. No cabrá la reversión si el nuevo destino del bien expropiado responde a una finalidad de utilidad pública y de interés social, así declarado previamente por la institución pública.

De igual manera, podrá solicitar la reversión en el caso que la institución pública no haya cancelado el valor del bien dentro del año siguiente a la notificación de la declaratoria, siempre que no haya juicio de por medio, en cuyo caso el plazo comenzará a correr desde que se encuentre ejecutoriada la sentencia”. (El resaltado me corresponde).

La doctrina expuesta es concordante con la norma del artículo 58.7 de la LOSNCP, anteriormente citado, que dispone que cuando la institución pública no destine el bien expropiado a los fines expresados en la declaratoria de utilidad pública y de interés social, dentro del plazo de dos años, contados desde la inscripción de la transferencia de dominio a favor de la entidad pública en el correspondiente Registro de la Propiedad, el propietario podrá pedir su reversión ante el mismo órgano; o ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en el plazo de tres años, sin que sea procedente la reversión cuando la entidad pública que expropió el bien, declare previamente que el bien se destinará a otra finalidad de utilidad pública y de interés social.

Obsérvese que la norma no prevé que el bien expropiado pueda ser transferido a otra entidad pública o a terceros, como plantea el informe jurídico de la entidad pública consultante; y, que el artículo 58.7 establece un plazo para el caso en que el propietario del bien solicite la reversión de la propiedad, pero no determina un plazo para la administración, que bien podría resolver de oficio la reversión, si se cumplen los supuestos del artículo en mención, ya que si bien la administración requiere de atribución expresa, no se pueden perder de vista los poderes implícitos que derivan de la atribución legal, los mismos que son analizados por los tratadistas Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández²⁴², en el siguiente sentido:

“La atribución de potestades a la Administración tiene que ser, en primer término, expresa. La exigencia de una explicitud en la atribución legal no es más que una consecuencia del sentido general del principio, que requiere un otorgamiento positivo, sin el cual la Administración no puede actuar; *lege silente*, la Administración carece de poderes, pues no tiene otros que los que la Ley le atribuye.

Ahora bien, esta exigencia debe ser matizada con la doctrina de los poderes inherentes o implícitos que, por excepción, pueden inferirse por interpretación de las normas más que sobre su texto directo (...).”

La administración pública es responsable de ejecutar la obra o proyecto que motivó la expropiación de un bien, por ello no se puede beneficiar de su propia inacción; considerando, adicionalmente, que tiene la potestad de revertir la propiedad del bien expropiado, de conformidad con el citado artículo 58.7 de la LOSNCP.

De otra parte, es pertinente señalar que su primera consulta hace referencia a las Normas de Optimización y Austeridad del Gasto Público, expedidas mediante Decreto Ejecutivo No. 135, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 76 de 11 de septiembre de 2017, sin señalar una norma en particular; sin perjuicio de lo cual, en el informe jurídico se citan como fundamentos jurídicos, los artículos 1 y 30 del indicado Decreto, que son del siguiente tenor:

“Art. 1.- **Ámbito de aplicación.**- Las disposiciones del presente decreto, en lo correspondiente a gasto permanente, son de aplicación obligatoria para todas las instituciones descritas en el artículo 225 de la Constitución de la República del Ecuador, incluidas las Empresas Públicas de la Función Ejecutiva, con excepción de las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

En materia de gasto no permanente, las disposiciones del presente decreto son de aplicación obligatoria para todas las instituciones descritas en el artículo 225 de la Constitución de la República del Ecuador, incluidas las Empresas Públicas de la Función Ejecutiva, con excepción de las Funciones Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social, y de las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

No obstante, lo expuesto se exhorta a las máximas autoridades de todas las entidades públicas, no contempladas en dicho ámbito procurar la aplicación de estas disposiciones.

Art. 30.- **Enajenación o transferencia de activos inmuebles improductivos.**- Para el caso de la Función Ejecutiva, se dispone la enajenación o transferencia a título gratuito de los activos inmuebles improductivos de las entidades a la Secretaría de Gestión Inmobiliaria del Sector Público; incluyendo, aquellos bienes inmuebles localizados fuera del territorio nacional”.

De los textos transcritos, se aprecia que el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 135 establece el ámbito material de aplicación de las Normas de Optimización y Austeridad del Gasto Público, referido a gastos permanentes o no permanentes de las entidades del sector público, lo cual no es materia de sus consultas; y, el artículo 30 *Ibidem*, dispone que los activos inmuebles improductivos de la Función Ejecutiva, sean transferidos a título gratuito a la Secretaría de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, mientras que su consulta se refiere a una situación inversa.

De otra parte, es pertinente considerar la posibilidad de que el particular pueda renunciar a su derecho a la reversión de la propiedad del bien, materia que la Procuraduría General del Estado ha examinado en pronunciamiento contenido en el oficio No. 02231 de 5 de agosto de 2015, en el que se manifestó lo siguiente:

“La letra d) del numeral 29 del artículo 66 de la Constitución de la República, que integra el Capítulo Sexto “Derechos de libertad”, prevé que ninguna persona puede ser obligada a hacer algo prohibido o dejar de hacer algo no prohibido por la ley.

Sobre la renuncia de derechos, Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic²⁴³, señalan lo siguiente:

‘La renuncia es una declaración unilateral del titular de un derecho subjetivo por el cual se despoja de éste; lo abandona sin traspasarlo a otro sujeto. Constituye causa de extinción de un derecho por la sola voluntad de su titular.

(...) No debe confundirse la renuncia de un derecho con su no ejercicio: la primera significa el despojarse del derecho; el segundo solo entraña un estado pasivo. Y así existen derechos concedidos por leyes que el individuo puede no poner en ejercicio, pero que en manera alguna está facultado para renunciar; por ejemplo, la facultad de testar, el derecho de pedir rescisión del contrato de compraventa por lesión enorme, etc.

(...) La renuncia de un derecho puede ser expresa o tácita. La primera se hace formalmente, de modo terminante y manifiesto. La segunda resulta de actos del renunciante que revelan su intención de abandonar el derecho, porque son incompatibles con su ejercicio’.

El Código Civil en su artículo 11, dispone:

‘Art. 11.- Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia’.

Como se observa de la norma del derecho civil antes citada, ésta exige dos presupuestos para que proceda la renuncia de un derecho:

- a) Que el derecho a renunciarse sea únicamente de interés individual.
- b) Que dicha renuncia no esté prohibida por la ley.

Respecto del primer presupuesto, según quedó señalado al atender su primera pregunta, el derecho a la reversión o retrocesión de un inmueble expropiado, es un derecho patrimonial de carácter real y en consecuencia se ubica en la órbita del interés individual o particular, no del interés colectivo. En lo concerniente al segundo presupuesto, la disposición legal precitada exige que no esté prohibida la renuncia del derecho y nuestra legislación, específicamente el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, no contiene prohibición de renuncia al derecho de reversión.

En forma concordante, respecto a la renuncia al derecho de reversión, dentro la sentencia

emitida por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, dentro del expediente de casación No. 174 en el juicio especial de expropiación que fue publicada en el Registro Oficial No. 666 de 19 de septiembre de 2002, en su considerando quinto manifiesta que: ‘ (...) Nuestro ordenamiento legal, en consonancia con la norma constitucional, ha establecido que el titular de un derecho conferido por las leyes puede renunciar al mismo, con tal que sólo mire al interés del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia, conforme lo establece el artículo 11 del Código Civil. No se halla prohibida en disposición legal alguna la renuncia del derecho de readquisición que el artículo 815 de la vigente codificación del Código de Procedimiento Civil reconoce a favor del propietario de un bien expropiado, y este derecho mira tan solo al interés del mismo (...)’²⁴⁴.

Es decir que, con fundamento en el artículo 11 del Código Civil, el ex propietario, sea una persona natural o jurídica de derecho privado, puede renunciar al derecho de reversión de un bien declarado de utilidad pública por una entidad pública, teniendo en consideración que tal renuncia no está prohibida por la Ley; y, por tanto, exclusivamente en ese evento cabría aplicar el artículo 58.8 de la LOSCP, que también es materia de sus consultas y que dispone lo siguiente:

“Art. 58.8.- Adquisición de bienes públicos. Para la transferencia de dominio de bienes inmuebles entre entidades del sector público, siempre y cuando llegaren a un acuerdo sobre aquella, no se requerirá de declaratoria de utilidad pública o interés social ni, en el caso de donación de insinuación judicial. Se la podrá realizar por compraventa, permuta, donación, compensación de cuentas, traslado de partidas presupuestarias o de activos. En caso de que no haya acuerdo la entidad pública que expropia procederá conforme esta Ley. Para su trámite se estará a lo dispuesto en el Reglamento de esta Ley.

Los bienes de uso público no estarán sujetos a procesos expropiatorios; sin embargo se podrá transferir la propiedad, de mutuo acuerdo, entre instituciones públicas siempre que no se afecte la finalidad al uso o servicio público del bien”.

El artículo 58.8 regula la adquisición de bienes inmuebles entre entidades del sector público y prescribe que, siempre y cuando llegaren a un acuerdo no se requerirá de declaratoria de utilidad pública o interés social ni, en el caso de donación, de insinuación judicial. Tal adquisición puede ser a título de compraventa, permuta, donación, compensación de cuentas, traslado de partidas presupuestarias o de activos. En caso de que no haya acuerdo, puede una entidad pública expropiar a otra, para lo cual procederá conforme a la LOSNCP y su Reglamento, sin que sea posible la expropiación en el caso de bienes de uso público, para los cuales, la ley ha prescrito la transferencia por mutuo acuerdo entre instituciones públicas, siempre que no se afecte la finalidad al uso o servicio público del bien.

Según el tenor de los artículos 58.7 y 58.8 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y del análisis jurídico precedente, en atención a los términos de su primera consulta se concluye que, no es jurídicamente viable enajenar en pública subasta un inmueble expropiado, que no será utilizado para el objeto que motivó la declaratoria de utilidad pública.

244 Cita Corresponde a la Sentencia No. 253- 2001, Expediente del Casación No. 174 Incidente de Expropiación que siguió Rosa Agustina Cárdenas Cárdenas, Julia Graciela, Laura Carmita e Irma Rosario Guillén Cárdenas, dentro del juicio de expropiación interpuesto por el Municipio de Azogues contra Efraín Lizardo Guillén Quintero.

Respecto de su segunda consulta se concluye que, exclusivamente en el caso de renuncia del expropietario del inmueble expropiado, a su derecho a la reversión, se configurarían los presupuestos previstos por el artículo 58.8 de la LOSCP, para la transferencia de dominio del bien a otras entidades del sector público, a título gratuito, considerando que no será utilizado para el objeto que fue expropiado.

Este pronunciamiento se limita al análisis de la inteligencia y aplicación de normas legales, por lo que la Procuraduría General del Estado no se pronuncia respecto a ningún caso en particular, ni sobre la conveniencia u oportunidad, o sobre las condiciones de una eventual transferencia de dominio de un activo de una entidad del Estado a favor de otra, ya que aquello es responsabilidad exclusiva de las instituciones intervinientes.

Esta Procuraduría tampoco se pronuncia sobre la categorización de bienes, como “bien improductivo”, que refieren sus dos consultas, ya que aquello es de responsabilidad de los funcionarios de la entidad a su cargo, en aplicación de la normativa correspondiente.

Cualquier responsabilidad por las acciones o inacciones relacionadas con el tema de su consulta, le corresponde determinar a la Contraloría General del Estado, en la órbita de sus atribuciones determinadas en los artículos 211 y 212 de la Constitución de la República y los artículos 19 y 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

REGISTRO E INHABILIDAD DE OCUPAR CARGO PÚBLICO

Oficio PGE No. 00082 de 09-08-2018

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DEL TRABAJO

CONSULTA:

“¿Si una Resolución de responsabilidad civil culposa con sanción de destitución, en contra de un servidor público, emitida por la Contraloría General del Estado, no se encuentra ejecutoriada, en cumplimiento de los artículos 58, 63 tercer inciso y 70 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y Art. 56 letra a) y b) del Reglamento a la citada ley, por haberse impugnado en sede judicial ante el Tribunal Contencioso Administrativo, se podrá proceder con el registro e inhabilitación de ocupar cargo público por parte del Ministerio del Trabajo, salvo que el juzgador ordene la suspensión del acto administrativo impugnado?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador: Arts. 226.

Código Orgánico General de Procesos, Arts. 329 y 330.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado: Arts. 46, 48, 49, 52, 53, 56, 57, 58, 60, 63 y 70.

Reglamento a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado: 55 y 56 lit. a) y b).

Ley Orgánica del Servicio Público: Art. 49 y 51 lit. e).

Pronunciamiento del Procurador General del Estado: Oficio No. 00549 de 16 de marzo de 2018.

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

A fin de contar con elementos de juicio necesarios para atender su requerimiento, mediante oficio No. 01879 de 27 de junio de 2018 se solicitó el criterio institucional de la Contraloría General del Estado, lo que fue atendido por el Contralor General del Estado, Subrogante, mediante oficio No. 27578 DNR-SR de 16 de julio de 2018, ingresado a este organismo el 18 del mismo mes y año.

Como anexo al oficio de consulta se ha remitido el memorando No. MDT-CGAJ-2018-0503-M de 20 de junio de 2018, suscrito por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica del Ministerio del Trabajo, quien cita los artículos 226 de la Constitución de la República; 48, 52, 53, 56, 58, 60, 63 y 70 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; 330 del Código Orgánico General de Procesos COGEP; y 49 de la Ley Orgánica del Servicio Público LOSEP, así como el numeral 1.1.1.1 literal a) del Estatuto Orgánico por Procesos²⁴⁵ del Ministerio a su cargo, con base en los cuales efectúa el siguiente análisis y emite el criterio jurídico que a continuación transcribo:

“En cuanto a la ejecutoria de las Resoluciones que determinan responsabilidades civiles culposas y la destitución del servidor sancionado, por parte de la Contraloría General del Estado, cuando han sido impugnadas en sede judicial, estas no se ejecutan, hasta obtener sentencia ejecutoriada pasada en autoridad de cosa juzgada, por lo que el Ministerio del Trabajo, para poder registrar la destitución debe atender el pronunciamiento de los jueces mediante sentencia ejecutoriada.

Es decir, dos normas de carácter orgánico y de distinta materia, como lo son la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado en sus artículos 63 y 70 determinan que no se encuentran ejecutoriadas las Resoluciones que se hubieren impugnado a través de recurso extraordinario de revisión o en la vía judicial, mientras que el Código Orgánico General de Procesos establece en los artículos 329 y 330, que los efectos del acto administrativo impugnado se suspenden, por orden de juez, en este caso del Tribunal Contencioso Administrativo.

El Código Orgánico General de Procesos, no constituye norma supletoria o subsidiaria a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, para determinar el efecto jurídico de legitimidad y ejecutoriedad de las resoluciones administrativas de la propia Contraloría General del Estado, sin embargo conforme lo prescrito en los artículos 329 y 330 del Código Orgánico General de Procesos- COGEP, los jueces del Tribunal Contencioso Administrativo, también mantienen la facultad legal de suspender la ejecución de un acto administrativo, sin embargo, cuando se trata de resoluciones de la Contraloría General del Estado, el efecto está dado por la sola impugnación en sede judicial, conforme la ley de la materia, que es la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Por lo que de existir una impugnación en sede judicial por parte del servidor sancionado con una responsabilidad civil culposa y destitución por parte de la Contraloría General del Estado, el Ministerio del Trabajo debe abstenerse de registrar el impedimento para laborar en el sector público, hasta que esta sea resuelta mediante sentencia firme y ejecutoriada a fin de no transgredir garantías constitucionales de seguridad jurídica y debido proceso”.

Por su parte, el criterio institucional de la Contraloría General del Estado, contenido en el oficio al que se hizo referencia en los antecedentes, es el siguiente:

“La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, para el caso de sanción de destitución no ha previsto que la impugnación a través de la acción contenciosa administrativa impida la ejecutoria y ejecución de destitución de un funcionario o servidor, dispuesta por la Contraloría General del Estado; en consecuencia, y de conformidad con la letra e) del artículo 51 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 21 de su Reglamento General, le corresponde al Ministerio del Trabajo, registrar la inhabilitación para ocupar cargo público por sanción de destitución, emitida por la Contraloría General del Estado, disposición concordante con la expresa previsión del artículo 329 del Código Orgánico General de Procesos, que señala que los actos administrativos gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad”.

Como antecedente es oportuno considerar que, en atención a la consulta anterior efectuada por el Ministerio del Trabajo en oficio No. MDT-MDT-2018-0106 de 22 de febrero de 2018 sobre las normas aplicables al registro de sanciones administrativas dispuestas por la Contraloría General del Estado, en pronunciamiento contenido en el oficio No. 00549 de 16 de marzo de 2018 la Procuraduría General del Estado manifestó lo siguiente:

“(…) En el contexto que ha quedado señalado, el artículo 46 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, citado al atender sus consultas anteriores, establece las sanciones por responsabilidades administrativas y dispone que los dignatarios, autoridades, funcionarios y demás servidores de las instituciones del Estado, así como personeros, directivos, empleados, trabajadores y representantes de las personas jurídicas y entidades de derecho privado con participación estatal que incurrieren en una o más de las causales de responsabilidad administrativa culposa serán sancionados con destitución y/o multa de una a veinte remuneraciones básicas unificadas del trabajador del sector privado, al dignatario, autoridad, funcionario o servidor, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar, de acuerdo a la gravedad de la falta cometida. Las sanciones se impondrán

de conformidad con los parámetros de graduación que establece la misma disposición legal.

(...) Para el caso específico de la sanción de destitución, el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado prescribe que: ‘Las decisiones que impusieren sanción de destitución, de acuerdo con este Capítulo son definitivas en la vía administrativa; pero podrán impugnarse ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, dentro del término de treinta días contado desde el día siguiente al de la notificación con la decisión de la sanción’.

La acción contencioso administrativa, se halla prevista en el artículo 70 de la Ley Orgánica que se analiza, en el siguiente tenor:

“Art. 70.- Acción contencioso administrativa.- En los casos en que las decisiones de la Contraloría General del Estado fueren susceptibles de impugnación ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, la respectiva demanda se podrá presentar a partir del día siguiente al de la notificación de la decisión que se impugna. Para la presentación de la demanda y su contestación se observarán los términos y plazos establecidos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso -Administrativa. Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo citarán con la demanda al Contralor General o al funcionario de quien provenga el acto; y, sustanciarán y resolverán las causas con sujeción a los términos establecidos en esta Ley y al procedimiento previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”.

Como se puede apreciar, la Ley Orgánica de la Contraloría para el caso de sanción de destitución, no ha previsto que la impugnación a través de la acción contencioso administrativa impida la ejecutoria y ejecución de la destitución de un funcionario o servidor, dispuesta por la Contraloría General del Estado. En consecuencia, de conformidad con la letra e) del artículo 51 de la LOSEP y 21 de su Reglamento General, le corresponde al Ministerio del Trabajo, registrar la inhabilitación para ocupar cargo público por sanción de destitución emitida por la Contraloría General del Estado, disposición concordante con la expresa previsión del Art. 329 del Código Orgánico General de Procesos, que señala que los actos administrativos gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad”.

Es oportuno considerar que, los artículos 46 y 48 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado²⁴⁶, ubicados en la Sección 2 “Responsabilidad Administrativa Culposa” del Capítulo V “Determinación de Responsabilidades” de ese cuerpo normativo, establecen las causales que dan origen a la responsabilidad administrativa, así como las sanciones aplicables que van desde la imposición de una multa hasta la destitución; mientras que las responsabilidades civiles a las que se refiere su actual consulta están reguladas por la Sección 3 de la misma Ley.

Adicionalmente, se debe considerar que el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, ubicado en la misma Sección 2, dispone que las decisiones que impusieren sanción de destitución son definitivas en la vía administrativa, pero podrán ser impugnadas ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.

Del pronunciamiento transcrito en los antecedentes y las disposiciones legales invocadas se desprende que la destitución y/o multa constituyen sanciones de índole administrativo, mientras que la responsabilidad civil culposa, a la que se refiere su nueva consulta, como se señaló anteriormente, se regula en la Sección 3 del Capítulo V de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, cuyo alcance lo establece el artículo 52 en los siguientes términos:

“Art. 52.- Alcance.- La responsabilidad civil culposa nace de una acción u omisión culposa aunque no intencional de un servidor público o de un tercero, autor o beneficiario, de un acto administrativo emitido, sin tomar aquellas cautelas, precauteladas o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales directos o indirectos a los bienes y recursos públicos.

La responsabilidad civil culposa genera una obligación jurídica indemnizatoria del perjuicio económico ocasionado a las instituciones del Estado, calculado a la fecha en que éste se produjo, que nace sin convención, proveniente de un acto o hecho culpable del servidor público, o de un tercero, cometido sin intención de dañar, que se regula por las normas del cuasidelito del Código Civil.

Procesalmente, en la instancia administrativa o judicial, debe probarse por quien afirma la culpa en la emisión o perfeccionamiento del acto o hecho administrativo, que los mismos fueron producto de acciones que denoten impericia, imprudencia, imprevisión, improvisación, impreparación o negligencia”.

De la cita previa se evidencia que, de acuerdo con el segundo inciso del artículo 52 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, la responsabilidad civil culposa genera una obligación jurídica indemnizatoria del perjuicio económico causado a la entidad o institución del Estado, proveniente de la acción u omisión culposa de un servidor público o tercero.

El artículo 57²⁴⁷ de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado confiere acción coactiva a la Contraloría General del Estado para recaudar por dicha vía las obligaciones a favor de las instituciones, organismos y empresas sujetas a esa ley, derivadas de resoluciones de la Contraloría General del Estado, que confirmen la existencia de responsabilidades civiles o administrativas culposas.

En armonía con lo manifestado, el artículo 55 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado prevé que ese organismo tiene potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal y hacer el seguimiento permanente y oportuno para asegurar el cumplimiento de sus disposiciones y controles.

En cuanto al proceso para la determinación de responsabilidades, las letras a) y b) del artículo 56 del mismo Reglamento establecen lo siguiente:

247 Artículo sustituido por Disposición Reformatoria Sexta, numeral 1 de Ley publicada en Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017.

“Art. 56.- Proceso de la determinación de responsabilidades.- De conformidad con lo dispuesto en la ley, en el proceso de determinación de responsabilidades, se procederá de la siguiente manera:

a. Para las sanciones de destitución o de multa o de ambas a la vez será notificado el empleado sobre la o las desviaciones detectadas; habrá el plazo improrrogable de hasta 30 días, para que ejerza su defensa; la Contraloría establecerá su resolución dentro del plazo de 60 días y el auditado podrá acudir al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, dentro del término de 30 días, contados desde el día siguiente al de la notificación con la resolución que hubiere desechado la impugnación y confirmado la sanción de destitución o de multa o de ambas a la vez, conforme lo previsto en el artículo 49 que concuerda, en cuanto a la ejecutoria de las resoluciones, con el artículo 58 y con el inciso tercero del artículo 63 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado;

b. La responsabilidad civil culposa una vez notificada tendrá el plazo de 60 días para impugnar la glosa; la Contraloría General expedirá la resolución dentro del plazo de 180 días, conforme lo dispuesto en los artículos 53, numeral 1 y 56 de la Ley de la Contraloría General; se podrá proponer el recurso de revisión dentro del plazo de 60 días; la Contraloría General en el plazo de 30 días resolverá el otorgamiento o negativa del recurso, y en el supuesto de ser calificado favorablemente dicho recurso y con base a los fundamentos y pruebas que se presenten, la Contraloría General dictará su fallo dentro del plazo de 60 días confirmando o revocando la resolución original, objeto del recurso.

También habrá derecho a la acción contencioso administrativa, dentro del término de 60 días de haberse fallado dicho recurso de revisión y por tanto, una vez agotada totalmente la fase administrativa, conforme lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

El recurso de revisión no constituye requisito previo para impugnar la resolución de la Contraloría que haya confirmado total o parcialmente la glosa (...).”

De las disposiciones invocadas, se desprende que las sanciones de multa y/o destitución se derivan de la responsabilidad administrativa a la que se refiere la letra a) del artículo 56 del mencionado Reglamento, mientras que la glosa en que se instrumenta la responsabilidad civil culposa se desarrolla en la letra b) de la misma norma. Se trata por tanto de dos tipos diferentes de responsabilidad.

Por su parte, el artículo 58 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que integra la Sección 3, “Responsabilidad Civil Culposa”, prescribe que se entenderán ejecutoriadas las resoluciones de ese Organismo cuando no hubieren sido impugnadas por los sujetos pasivos del control en el término previsto en el artículo 70 de esta Ley y cuando hubieren sido resueltas definitivamente, según lo dispuesto en el artículo 63 de esta ley.

Los artículos 60 y 63 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, también ubicados

en la Sección 3 “Responsabilidad Civil Culposa”, establecen las causales por las que procede el recurso de revisión que permite impugnar ese tipo de responsabilidad y el procedimiento aplicable, en los siguientes términos:

“Art. 60.- Procedencia del recurso de revisión.- Con excepción de las órdenes de reintegro, la Contraloría General del Estado revisará las resoluciones originales que expida, en todo lo concerniente a la determinación de responsabilidad civil culposa, de oficio o a petición del directamente afectado por aquellas, en los siguientes casos:

1. Cuando las resoluciones originales hubieren sido expedidas con evidente error de hecho o de derecho, que apareciere de los documentos que constan en el propio expediente o de disposiciones legales expresas;
2. Cuando después de haber sido expedida la determinación de responsabilidad civil culposa, se tuviere conocimiento de documentos ignorados al tiempo de dictar la resolución correspondiente;
3. Cuando en la determinación de responsabilidad civil culposa, se hubieren considerado documentos falsos o nulos, declarados en sentencia ejecutoriada, anterior o posterior a la resolución recurrida; y,
4. Cuando se estableciere que para expedir la resolución que es materia de la revisión, hayan mediado uno o varios actos, cometidos por los servidores públicos de la Contraloría General del Estado, tipificados como delitos y así declarados en sentencia ejecutoriada”.

“Art. 63.- Fallo del recurso de revisión y ejecutoriedad de las resoluciones.- Notificada la providencia que concede el recurso de revisión, el Contralor General o su delegado, con base a los fundamentos y pruebas que se presenten, en el plazo de sesenta días, contado a partir de dicha notificación, dictará resolución motivada, en la que confirme, revoque, modifique o sustituya la resolución original revisada.

El sujeto pasivo en la fase administrativa podrá allanarse y pagar los valores, previa la liquidación correspondiente.

Se ejecutoría la resolución original si no se hubiere acudido al contencioso administrativo, o no se hubiere interpuesto el recurso de revisión dentro del término o plazo legal. Interpuesto el recurso de revisión, la acción contencioso administrativa puede ser planteada dentro de los sesenta días de haberse fallado dicho recurso de revisión y por tanto, una vez agotada totalmente la fase administrativa.

Para que se inicie la recaudación o la acción coactiva será necesario que las resoluciones de la Contraloría General del Estado se encuentren ejecutoriadas y en el caso de haberse acudido a la Función Judicial, las sentencias de esta también se encuentren ejecutoriadas”.

De las normas transcritas se aprecia que la resolución que establece responsabilidad civil culposa, que consiste en una “obligación jurídica indemnizatoria” del perjuicio económico causado a la

entidad o institución del Estado, en los términos del artículo 52 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, se ejecutoría en las dos circunstancias previstas en el tercer inciso del artículo 63 *ibídem*, esto es: si no se hubiere interpuesto recurso de revisión y si no se hubiere acudido al contencioso administrativo. Por tanto, la recaudación de los valores en que la responsabilidad civil culposa consiste, procede una vez que la resolución o sentencia, según el caso, se hubieren ejecutoriado.

Mientras que, para el caso de sanción de destitución proveniente de responsabilidad administrativa, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado no ha previsto que la impugnación a través de la acción contencioso administrativa impida o suspenda su ejecutoria y ejecución; por el contrario, el artículo 49 de esa Ley prevé que las decisiones que impusieren sanción de destitución “son definitivas en la vía administrativa” y por tanto gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad según el artículo 329 del COGEP.

Del análisis jurídico efectuado se aprecia que la responsabilidad administrativa y la civil son dos tipos de responsabilidades distintas, que dan lugar a sanciones diferentes y que, por tanto, el artículo 63 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que prevé los casos de ejecutoriedad de las resoluciones de ese organismo, es una norma especial aplicable únicamente a los casos de responsabilidad civil culposa.

En atención a los términos de su consulta se concluye que el artículo 63 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado se aplica a las resoluciones por las que ese organismo hubiere determinado responsabilidades civiles culposas y no se extiende a los casos en los que la Contraloría determine sanciones de destitución, que provienen de responsabilidades administrativas, que, de acuerdo con el artículo 49 de esa Ley, son definitivas.

En consecuencia, de acuerdo con la letra e) del artículo 51 de la Ley Orgánica del Servicio Público y artículo 21 de su Reglamento General, le corresponde al Ministerio del Trabajo registrar la inhabilidad para ocupar cargo público por sanción de destitución de un funcionario o servidor, dispuesta por la Contraloría General del Estado, en virtud de que la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado no ha previsto para ese caso que la impugnación de la misma mediante acción contenciosa administrativa impida su ejecutoria y ejecución.

Lo expuesto, sin perjuicio de las resoluciones que pudieran adoptar las instancias judiciales pertinentes dentro de las acciones que sobre esta materia sean sometidas a su conocimiento, al amparo del artículo 70 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas. Es responsabilidad exclusiva de la entidad consultante verificar el cumplimiento de los presupuestos legales para su aplicación a casos particulares.

SANCIONES PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS: COMPETENCIA DE DIRECTORIOS PARA RESOLVER RECURSOS

Oficio PGE No. 01875 de 06-12-2018

CONSULTANTE: AGENCIA NACIONAL DE TRANSITO (ANT)

CONSULTA:

“¿La Agencia Nacional de Tránsito entidad autónoma, con personería jurídica encargada del control del transporte terrestre, tránsito y seguridad vial, con potestad sancionadora que lo ejerce a través de su Director Ejecutivo, para los procedimientos administrativos sancionadores a las operadoras de transporte terrestre y escuelas de conducción y centros de capacitación, deberá aplicar lo que determina la norma adjetiva de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial en lo que corresponde al procedimiento administrativo sancionatorio o lo que dispone el Código Orgánico Administrativo, en referencia a los plazos establecidos para la prescripción de las sanciones para las operadoras de transporte terrestre y si el Directorio de la Agencia Nacional de Tránsito tiene competencia para conocer y resolver los recursos de impugnación en la vía administrativa?”.

BASE LEGAL:

Constitución de la República: Arts. 82, 226 y 425.

Código Civil: Arts. 7 numeral 21, 12 y 39.

Código Orgánico Administrativo (COA): Arts. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 29, 42, 53, 54, 55, 179, 219, 224, 230, 244, 245, 246 y Disposición Derogatoria Primera y Disposición Transitoria Segunda.

Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial: Arts. 1, 2, 17, 20 numeral 12, 83, 84, 85, 87, 88 literal i) y 193.

Reglamento General para la Aplicación de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial: 1, 33, 34, 35, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 260, 261, 262, 263 y 264.

Pronunciamiento del Procurador General del Estado, Oficio No. 00597 de 12-09-2018

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

Con oficio No. 00087 de 9 de agosto de 2018 e insistencia constante en oficio No. 00397 de 29 de los mismo mes y año, este organismo solicitó se reformule la consulta inicialmente planteada en oficio No. ANT-ANT-2018-0331-OF de 26 de julio de 2018, ingresado el 31 de los mismos mes y año. Al no ser atendidos dichos requerimientos, con fundamento en el artículo 6 de la Resolución No. 17²⁴⁸, mediante oficio No. 00641 de 14 de septiembre del presente año, la Procuraduría General del Estado dispuso el archivo del trámite.

En el informe jurídico de la entidad consultante, que consta en memorando No. ANT-DAJ-2018-3796 de 5 de septiembre de 2018, la Directora de Asesoría Jurídica de la ANT cita los artículos 83, 84, 85, 88 y 193 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial; 33, 34, 35, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 260, 261, 262, 263 y 264 de su Reglamento General; 53, 55, 179, 219, 224, 230, 244, 245, 246 y Disposición Derogatoria Primera del Código Orgánico Administrativo, en base de los cuales realiza el siguiente análisis:

“(...) En este sentido, el procedimiento administrativo sancionador que contempla el Reglamento General para la Aplicación de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial y el Código Orgánico Administrativo en cuanto a la prescripción de las sanciones y recursos de impugnación en la vía administrativa son completamente opuestos entre dichos cuerpos legales, causando conflicto al momento de querer aplicar la normativa en estos procedimientos (...)”.

De su consulta y el criterio jurídico adjunto a ella se identifican dos dudas sobre la aplicación de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial y su Reglamento General. La primera relacionada con la prescripción de las infracciones administrativas en materia de tránsito, y la segunda sobre la competencia del Directorio de la ANT para resolver recursos de impugnación en sede administrativa. Ambas surgen a partir de la Disposición Derogatoria Primera del Código Orgánico Administrativo. Por lo expuesto, procede la reactivación del trámite de acuerdo con el artículo 7 de la Resolución No. 17 de este organismo, agregado por la Resolución No. 121, publicada en el Registro Oficial No. 264 de 25 de agosto del 2010.

A fin de contar con mayores elementos de análisis para atender su consulta, mediante oficio No. 00784 de 26 de septiembre de 2018, este organismo solicitó el criterio institucional del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, lo que fue atendido mediante oficio No. MTOP-MTOP-18-1005-OF de 5 de octubre de 2018, ingresado a la Procuraduría General del Estado el 10 del mismo mes y año (sic), adjunto al cual se remite el memorando No. MTOP-CGJ-2018-1663-ME, suscrito por el Coordinador General de Asesoría Jurídica.

Con tales antecedentes, atiendo cada tema materia de su consulta, por separado.

- 1. Plazo de prescripción del ejercicio de la potestad sancionadora y de las sanciones por infracciones administrativas de tránsito.**

El informe jurídico de la entidad consultante, cita la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial y su Reglamento, y manifiesta lo siguiente:

“(...) El Director Ejecutivo de la ANT, goza de potestad sancionadora otorgada mediante Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, para imponer sanciones a las operadoras del transporte terrestre y a las escuelas de conducción y centros de capacitación que cometan las infracciones contempladas en los artículos 80, 81, 82 y 194 de dicho cuerpo normativo, cuyo procedimiento ordena será de conformidad a lo establecido en su Reglamento General (artículo 83 LOTTTSV).

Procedimiento administrativo sancionador que se encuentra determinado tanto para las operadora (sic) de transporte terrestre (artículos 93 al 97); como para las escuelas de conducción y centros de capacitación (artículos 260 al 264); y, de los recursos (artículos 33 al 35, 39, 98, 99, 262 y 263) previstas en el Reglamento General para la Aplicación de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, en los cuales se determinan los diferentes plazos para presentar y resolver. Acción que prescribirá a los dos años contados a partir de la fecha en la que se cometió la infracción para las operadoras de transporte terrestre, mientras que al referirse a la prescripción de la acción el Código Orgánico Administrativo diferencia en tres tipos de prescripción como son para la leve un año, grave tres años y muy grave cinco años”.

Por su parte, el Coordinador General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Transporte y Obras Públicas (MTO), en su informe jurídico cita los artículos 425 de la Constitución de la República; 1, 2, 83, 84, 85, 87, 88 y 193 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial; 1, 33, 34, 35, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 260, 261, 262, 263 y 264 de su Reglamento General; y, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 42, 53, 54 y 55 del Código Orgánico Administrativo, en base de los cuales manifiesta:

“(...) esta Coordinación General de Asesoría Jurídica concuerda y se adhiere al criterio emitido mediante el memorando Nro. ANT-DAJ-2018-3796 de 05 de septiembre de 2018, suscrito por la Abg. Gladys Antonieta Morán Ríos, entonces Directora de Asesoría Jurídica de la Agencia Nacional de Tránsito, por considerar que dada la especialidad de dicho cuerpo legal, a la Agencia Nacional de Tránsito, en lo referente al procedimiento administrativo sancionatorio, le corresponde aplicar la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial y su Reglamento General, en primer término, aun cuando haya sido expedido con anterioridad al COA; (...)”.

La Constitución de la República del Ecuador²⁴⁹ en su artículo 82 consagra el derecho a la seguridad jurídica en los siguientes términos:

“Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

Por otra parte, es pertinente considerar como antecedente el principio de legalidad que debe regir la actuación de la administración pública, constante en el artículo 226 de la Constitución que prescribe lo siguiente:

“Art. 226.- 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”.

Su consulta está dirigida a establecer si respecto de los plazos determinados para la prescripción de la potestad sancionadora y de las sanciones por infracciones administrativas, se aplica lo dispuesto en la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial²⁵⁰ (en adelante LOTTTSV) y su Reglamento General²⁵¹, o lo establecido en el Código Orgánico Administrativo; por tanto, el análisis que se efectúa en el presente pronunciamiento se limita exclusivamente a las infracciones y sanciones de carácter administrativo y específicamente a aquellas a las que se refiere la consulta, que son las aplicables a las operadoras de transporte terrestre, escuelas de conducción y centros de capacitación.

Al respecto la letra i) y el inciso final del artículo 88 contenido en el Libro Tercero “Del Tránsito y la Seguridad Vial”, Título I “Del Ámbito del Tránsito y la Seguridad Vial”, de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, disponen:

“Art. 88.- En materia de tránsito y seguridad vial, la presente Ley tiene por objetivo, entre otros, los siguientes:

(...) i) La tipificación y juzgamiento de las infracciones al tránsito, **los procedimientos y sanciones administrativas** y judiciales; y, (...)

Todos estos objetivos se establecen en la presente Ley como marco teórico esencial y **deberán ser desarrollados y regulados mediante las normativas respectivas** que se aprobarán para el efecto”. (Lo resaltado me pertenece).

La citada disposición establece que uno de los objetivos de la LOTTTSV es la tipificación de las infracciones administrativas de tránsito, así como los procedimientos y sanciones administrativas; en virtud del citado objetivo, la referida ley prevé que el procedimiento para la imposición de sanciones administrativas se regule a través de su Reglamento General, así el artículo 83 de la Ley ibídem establece:

“Art. 83.- Las **sanciones por infracciones en contra de las operadoras que contempla este capítulo**, serán impuestas por el Director Ejecutivo de la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial o su delegado, quien podrá

250 LOTTTSV, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 398 de 07 de agosto de 2008.

251 RGLOTTTSV, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 731 de 25 de junio de 2012.

intervenir la operadora, revocar el contrato, permiso o autorización de operación o deshabilitar temporal o definitivamente la unidad autorizada por el título habilitante bajo responsabilidad de quien cometió la infracción, de acuerdo a la gravedad de la falta, la flagrancia y el interés público comprometido, **de conformidad al procedimiento establecido por el Reglamento correspondiente**, garantizando las normas del debido proceso previstas en la Constitución de la República del Ecuador”. (Lo resaltado me corresponde).

La determinación de las infracciones administrativas y su correspondiente sanción, constituyen elementos que integran la tipificación en la forma prevista por el artículo 29 del Código Orgánico Administrativo²⁵² (en adelante COA), el cual además prohíbe la aplicación analógica e interpretación extensiva de las normas que prevén infracciones y sanciones en esta materia.

En pronunciamiento contenido en oficio No. 00597 de 12 de septiembre de 2018, al atender una consulta formulada por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL), respecto de la tipicidad administrativa analicé lo siguiente:

“Sobre los principios de legalidad y tipicidad en materia de infracciones administrativas, García de Enterría y Fernández, en base a la legislación y jurisprudencia constitucional española, explican:

‘El principio de legalidad impone, pues, la exigencia material absoluta de predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes, exigencia que [...] afecta a la tipificación de las infracciones, a la graduación y escala de las sanciones y a la correlación entre unas y otras, de tal modo que [...] el conjunto de las normas aplicables permita predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesta’ (sent. const. de 29 de marzo de 1990). (...).

La tipicidad es, pues, la descripción legal de una conducta específica a la que se conectará una sanción administrativa. La especificidad de la conducta a tipificar viene de una doble exigencia: del principio general de libertad, sobre el que se organiza todo del Estado de derecho, que impone que las conductas sancionables sean excepción a esa libertad y, por tanto, exactamente delimitadas, sin ninguna indeterminación (y delimitadas, además, por la representación democrática de pueblo mediante las leyes: STC 137/1997); y, en segundo término, a la correlativa exigencia de la seguridad jurídica (art. 9°.3 de la Constitución), que no se cumpliría si la descripción de lo sancionable no permitiese un grado de certeza suficiente para que los ciudadanos puedan predecir las consecuencias de sus actos (lex certa).

No caben, pues, cláusulas generales o indeterminadas de infracción, que permitirían al órgano sancionador actuar con un excesivo arbitrio y no con el prudente y razonable que permitiría una especificación normativa (términos de la misma sentencia Constitucional de 29 de marzo de 1990)”.

De su parte, el artículo 1 del Código Orgánico Administrativo, al referirse a su objeto manifiesta:

“Este Código regula el ejercicio de la función administrativa de los organismos que conforman el sector público”.

En el mismo sentido, sobre su ámbito material de aplicación, el artículo 42 contenido en el Capítulo Séptimo “Ámbitos De Aplicación” del Título I “Preliminar”, Libro Preliminar “Normas Rectoras” del COA, determina lo siguiente:

“Art. 42.- **Ámbito material. El presente Código se aplicará en:**

1. La relación jurídico administrativa entre las personas y las administraciones públicas.
2. La actividad jurídica de las administraciones públicas.
3. Las bases comunes a todo procedimiento administrativo.
4. El procedimiento administrativo.
5. La impugnación de los actos administrativos en vía administrativa.
6. La responsabilidad extracontractual del Estado.
7. Los procedimientos administrativos especiales para el ejercicio de la potestad sancionadora.
8. La impugnación de los procedimientos disciplinarios salvo aquellos que estén regulados bajo su propia normativa y apliquen subsidiariamente este Código.
9. La ejecución coactiva.

Para la impugnación de actos administrativos, en vía administrativa y, para el procedimiento coactivo, se aplicarán únicamente las normas previstas en este Código”. (Lo resaltado me corresponde).

De la normativa anteriormente citada, se puede determinar que la LOTTTSV y su Reglamento General, así como el Código Orgánico Administrativo contienen disposiciones sobre los procedimientos administrativos sancionatorios.

Con respecto a la prescripción de la facultad para la imposición de las sanciones administrativas, materia a la que se refiere específicamente su consulta, el RGLOTTTSV en su artículo 97 prevé que *“La acción para el juzgamiento e imposición de la sanción prescribe en el plazo de 2 años, contados a partir de la fecha en que se cometió la infracción”.*

Por su parte, sobre la prescripción para el ejercicio de la potestad sancionadora, el COA en su artículo 245 dispone:

“Art. 245.- Prescripción del ejercicio de la potestad sancionadora. El ejercicio de la potestad sancionadora prescribe en los siguientes plazos:

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

Por regla general los plazos se contabilizan desde el día siguiente al de comisión del hecho. Cuando se trate de una infracción continuada, se contará desde el día siguiente al cese de los hechos constitutivos de la infracción.

Cuando se trate de una infracción oculta, se contará desde el día siguiente a aquel en que la administración pública tenga conocimiento de los hechos”.

Como se puede observar, el Reglamento General LOTTTSV prevé un plazo distinto de prescripción de la potestad para sancionar las infracciones administrativas de tránsito, respecto a lo dispuesto por el Código Orgánico Administrativo, configurándose un conflicto de normas.

Sobre la prescripción de la potestad sancionadora, en el pronunciamiento contenido en oficio No. 00597, anteriormente citado, manifesté:

“Por otra parte, en cuanto a la relación existente entre la prescripción de la potestad sancionadora de infracciones administrativas y el principio de seguridad jurídica, el autor colombiano Ossa Arbeláez, ex Procurador de esa Nación, explica lo siguiente:

‘(...) El simple pasar del tiempo consolida la adquisición de un derecho o consagra su extinción. Es un fenómeno que tiene más carácter sustantivo que procedimental en el derecho sancionador, en donde, por lo demás, todas las normas de obligatoria referencia tocan directamente con los ilícitos y las sanciones.

Pero el devenir de los días, por sí solo, no opera como mecanismo extintivo de la pena o de la infracción, visto el fenómeno desde la perspectiva de la potestad sancionadora. Lo que sucede es que el discurrir temporario en la prescripción determina la imposibilidad del Estado para ejercitar dicha potestad. De allí se sigue que cuando la infracción ha prescrito ésta no se tiene por inexistente, pues el ilícito existe y sigue existiendo a pesar del tiempo; pero una vez vencidos los plazos, el sujeto pasivo de la acción, o titular de la represión sancionatoria no puede ser objeto de sanción. La acción gubernamental se torna ilícita. En aras de la seguridad jurídica el Estado tiene un límite para ejercer el jus puniendi, fuera del cual las autoridades públicas no pueden iniciarlo o proseguirlo pues, de lo contrario, incurren en falta de competencia por razón de tiempo (...).”

Del análisis efectuado se observa que las normas que determinan la prescripción de la potestad sancionadora de infracciones administrativas, son consideradas como normas sustantivas en el derecho sancionador junto a los elementos que conforman la tipicidad de las infracciones administrativas.

Cabanellas²⁵³ define el conflicto de leyes como la “*Concurrencia de dos o más normas de Derecho positivo cuya aplicación o cumplimiento simultáneo resulta imposible o incompatible*”. Con la finalidad de solucionar estos conflictos normativos o antinomias, los tratadistas coinciden en establecer tres reglas básicas a saber: de jerarquía normativa, de especialidad y de temporalidad.

El autor argentino Carlos Santiago Nino²⁵⁴, sobre las reglas para resolver los conflictos de normas señala:

“Los juristas y jueces utilizan como, dice Alf Ross, varias reglas para resolver los problemas de contradicción normativa.

Ellas están constituidas, sobre todo, por los principios llamados *lex superior*, *lex especiales* y *lex posterior*.

El principio *lex superior* indica que entre dos normas contradictorias de diversa jerarquía debe prevalecer la de nivel superior (por ejemplo, una norma constitucional tiene prioridad sobre una ley).

Lex posterior estipula (sic) que la norma posterior prevalece sobre la promulgada con anterioridad. Este principio también tiene una aplicación muy general – tanto que sin él no sería posible la derogación de las normas de un sistema- (...).

El principio *lex specialis* prescribe que se dé preferencia a la norma específica que está en conflicto con una cuyo campo de preferencia sea más general (...).”

En igual sentido, el italiano Norberto Bobbio²⁵⁵, señala lo siguiente:

“Tres son las reglas fundamentales para resolver las antinomias:

- a) El criterio cronológico;
- b) El criterio jerárquico, y
- c) El criterio de la especialidad.

El criterio cronológico, denominado también de la *lex posterior*, es aquel según el cual entre dos normas incompatibles prevalece la posterior: *lex posterior derogat priori*. (...)

El criterio jerárquico, denominado también de la *lex superior*, es aquel según el cual de dos normas incompatibles prevalece la norma jerárquicamente superior: *lex superior derogat inferiori*. (...)

253 Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 25ta. Edición, Editorial Heliasta, 1997, Buenos Aires, Tomo II, Pag. 286.

254 Introducción al Análisis del Derecho, Segunda Edición, Editorial Astrea, 2001, Buenos Aires, Pag. 275.

255 Teoría General del Derecho, Segunda Edición, Editorial Temis S.A., 1997, Bogotá-Colombia, Págs. 191, 192 y 195.

El tercer criterio, llamado precisamente el de la *lex specialis*, es aquel con base en el cual de dos normas incompatibles, la una general y la otra especial (o excepcional), prevalece la segunda: *lex specialis derogat generali*. (...).

Del análisis hasta aquí efectuado se desprende que, al existir un conflicto normativo entre la LOTTTSV y su Reglamento General, y el Código Orgánico Administrativo, de conformidad con la doctrina jurídica citada, se puede determinar que, de acuerdo al criterio cronológico el COA prevalece sobre la LOTTTSV por haber sido expedido en una fecha posterior; sin embargo, según el criterio de especialidad, es la LOTTTSV la que prevalece sobre el COA por cuanto contiene normas de carácter especial en materia de transporte terrestre, tránsito y seguridad vial, mientras que el COA contiene normas de carácter general aplicables a distintas materias del derecho.

Al persistir este conflicto no solo de normas sino aún de las reglas para solucionar dichos conflictos, el tratadista italiano Bobbio, previamente citado, analiza dicha incompatibilidad en los siguientes términos:

“2. *Conflicto entre el criterio de especialidad y el cronológico*. Este conflicto tiene lugar cuando una norma anterior-especial es incompatible con una norma posterior-general. Existe conflicto porque al aplicar el criterio de especialidad se da prevalencia a la primera norma, y al aplicar el criterio cronológico se da prevalencia a la segunda. También aquí se ha establecido una regla general: *lex posterior generalis non derogat priori specialis*. **Con base en esta regla el conflicto entre el criterio de especialidad y el criterio cronológico debe ser resuelto en favor del primero: la ley general posterior no elimina la ley especial anterior**. Ello introduce una excepción ulterior al principio *lex posterior derogat priori*, ya que este principio desaparece no solo cuando la *lex posterior* es inferior, sino cuando también cuando es *generalis* (y la *lex prior* es *specialis*)”. (Lo resaltado me corresponde).

Esta regla doctrinaria concuerda plenamente con lo establecido en el artículo 39 del Código Civil que dispone: “*La ley especial anterior no se deroga por la general posterior, si no se expresa*”; por consiguiente, la norma aplicable a los plazos establecidos para la prescripción de la potestad sancionadora y de las sanciones por infracciones administrativas en materia de tránsito es la LOTTTSV y consecuentemente su Reglamento General. Es decir que, las disposiciones sustantivas referentes a tipificación y sanción de las infracciones de tránsito que contiene la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, siguen vigentes por cuanto no han sido derogadas expresa ni tácitamente.

Por lo expuesto, en atención a los términos de la primera parte de su consulta y con base en el análisis efectuado se concluye que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7 numeral 21 y 39 del Código Civil, en concordancia con los artículos 83 y 88 letra i) de la LOTTTSV, respecto de los plazos establecidos para la prescripción de la potestad sancionadora y de las sanciones por infracciones administrativas en que incurran las operadoras de transporte terrestre, escuelas de conducción y centros de capacitación, se debe aplicar lo que determina Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial y su Reglamento General, por incluir normas especiales que forman parte de la tipicidad de la infracción.

2.- Competencia de órganos colegiados para conocer y resolver recursos de impugnación en vía administrativa.

Con relación a este tema, en el informe jurídico de la entidad consultante, la Directora de Asesoría Jurídica de la ANT manifiesta lo siguiente:

“(…) En cuanto al proceso de impugnaciones, como ya se mencionó anteriormente el RGLOTTTSV señala que las resoluciones emitidas por el Director Ejecutivo podrán ser apeladas en la vía administrativa en segunda y definitiva instancia ante el Directorio, órgano colegiado que regula a la Agencia Nacional de Tránsito.

Por otra parte, cabe advertir que el Código Orgánico Administrativo (COA) cuerpo normativo vigente, al referirse a **los órganos colegiados** establece en su artículo 55 que dichos órganos **se sujetarán a lo dispuesto a su regulación específica y este Código**, por lo que hasta ese momento la disposición es clara, es decir el Directorio de la ANT estará a lo que disponga el Reglamento General para la Aplicación de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial. Sin embargo, a continuación en su artículo 55 del COA, al tratar el tema de las competencias que tienen los órganos colegiados dice ‘...***En ningún caso serán competentes para conocer y resolver recursos de impugnación en la vía administrativa***’, determinando en este momento que el Directorio de la ANT sería incompetente para conocer y mucho menos resolver lo referente a recursos, creando un conflicto normativo por cuanto se está oponiendo incluso a su propia normativa, ya que se señala primero que los cuerpos colegiados aplicarán lo prescrito en su propia normativa, para luego determinar que en cuanto a la competencia estos no podrán conocer y peor resolver recursos de impugnación, dejando por fuera lo ordenado tanto en la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial y su Reglamento General que son las normas específicas que regulan, planifican y controlan al transporte terrestre, tránsito y seguridad vial en el territorio nacional.

(…) Por lo expuesto, esta Dirección de Asesoría Jurídica como se ha dicho en toda su exposición, si el transporte terrestre en un sector estratégico del Estado, cuya materia está regulada por una Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial (ley especial de la materia de transporte terrestre), cuyo órgano rector es la Agencia Nacional de Tránsito, administrada por un Director Ejecutivo quien tiene la potestad sancionadora para imponer sanciones mediante resolución motivada por infracciones a las operadoras de transporte terrestre como a las escuelas de conducción y centros de capacitación, cuyo procedimiento ordena será determinado en el Reglamento General para la Aplicación de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, que determina que dichas resoluciones emitidas por el Director Ejecutivo serán susceptibles de recursos de impugnación, las que serán conocidas y resueltas por el Directorio; entonces quedaría claro que al cumplir con el carácter de ley orgánica y ser especial se debería seguir aplicando el procedimiento determinado tanto en la LOTTTSV como en su Reglamento General en virtud de lo establecido en el Código Civil en el artículo 12 que dice: ‘*Cuando una ley contenga disposiciones generales y especiales que estén en oposición, prevalecerán las disposiciones especiales*’.

Por su parte, el Coordinador General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Transporte y Obras

Públicas, en su informe jurídico se adhiere al criterio de la entidad consultante, en los siguientes términos: “(...) *el Directorio de la Agencia Nacional de Tránsito debe conocer y resolver los recursos de impugnación en la vía administrativa, como se encuentra establecido en su propia ley*”.

Para atender este tema, es pertinente considerar lo dispuesto por el artículo 17 de la LOTTTSV, que establece:

“Art. 17.- La Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial estará adscrita al Ministerio del Sector, regida por un Directorio que sesionará en forma ordinaria una vez al mes; y, extraordinariamente cuando lo convoque su Presidente o a solicitud de al menos tres de sus miembros. Sus resoluciones se adoptarán por mayoría absoluta de votos. El Presidente tendrá voto dirimente”.

El numeral 12 del artículo 20 de la misma ley incluye entre las funciones y atribuciones del Directorio de la ANT, la siguiente: “*Conocer y resolver en segunda y definitiva instancia las resoluciones emitidas por el Director (a) Ejecutivo (a), que sean impugnadas **de acuerdo con el procedimiento establecido en el Reglamento a esta Ley***”. (Lo resaltado me corresponde).

En el mismo orden de ideas, el artículo 85 de la LOTTTSV precisa que “*Las resoluciones que expida el Director Ejecutivo de la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, podrán ser apeladas en la vía administrativa ante el Directorio*”.

De la normativa citada se puede determinar que si bien la LOTTTSV faculta al Directorio de la ANT para conocer y resolver las apelaciones que en vía administrativa se formulen respecto de las resoluciones que expida el Director Ejecutivo de dicha agencia, en materia de procedimiento se remite en forma expresa al Reglamento General para la LOTTTSV; y, el artículo 98 del citado reglamento, en su parte final manifiesta:

“(...) Las sanciones impuestas por el Director Ejecutivo de la ANT, o por los Responsables de las Unidades Administrativas, en caso de que les fuere delegada esta atribución, serán directamente apelables ante el Directorio de la Agencia Nacional de Tránsito”.

En concordancia con lo manifestado, el artículo 99 del RGLOTTTSV establece:

“Art. 99.- Las resoluciones dictadas por el Director Ejecutivo de la ANT, o por los responsables de las Unidades Administrativas, podrán ser apeladas en un término de 15 días, contados desde el día siguiente de la respectiva notificación. En segunda instancia administrativa, corresponderá al Directorio de la Agencia Nacional de Tránsito resolver en base a los antecedentes, pruebas presentadas y todo lo actuado en la primera instancia administrativa, mediante resolución motivada en un término máximo de treinta (30) días, contados desde la presentación de la apelación”.

Por otro lado, el último inciso del artículo 42 del Código Orgánico Administrativo, en relación a la impugnación de los actos administrativos, prescribe: **“Para la impugnación de actos administrativos, en vía administrativa y, para el procedimiento coactivo, se aplicarán únicamente las normas previstas en este Código”**. (Lo resaltado me corresponde).

Concordante con la disposición citada, el último inciso del artículo 55 del COA, que se refiere a las competencias de los órganos colegiados, establece que: *“En ningún caso serán competentes para conocer y resolver recursos de impugnación, en vía administrativa”*.

En el mismo orden de ideas, los incisos segundo y tercero del artículo 219 del Código Orgánico Administrativo, disponen:

“(…) Le corresponde el conocimiento y resolución de los recursos a la máxima autoridad administrativa de la administración pública en la que se haya expedido el acto impugnado y se interpone ante el mismo órgano que expidió el acto administrativo.

El acto expedido por la máxima autoridad administrativa, solo puede ser impugnado en vía judicial. (…)

Por su parte, la Disposición Derogatoria Primera del Código Orgánico Administrativo manifiesta:

“PRIMERA. - Deróganse todas las disposiciones concernientes al procedimiento administrativo, procedimiento administrativo sancionador, recursos en vía administrativa, caducidad de las competencias y del procedimiento y la prescripción de las sanciones que se han venido aplicando”. (Lo resaltado me corresponde).

El primer inciso de la Disposición Transitoria Segunda del mismo código expresamente prevé que *“Los procedimientos que se encuentran en trámite a la fecha de vigencia de este Código, continuarán sustanciándose hasta su conclusión conforme con la normativa vigente al momento de su inicio (…)”*.

Finalmente, corresponde tener en cuenta que, en el penúltimo considerando contenido en la parte expositiva del COA, la Asamblea Nacional se refiere en forma expresa a la necesidad de simplificar los trámites que los ciudadanos deben efectuar ante las administraciones públicas y en ese contexto se debe analizar la aplicación de las normas adjetivas que rigen los procedimientos administrativos.

Del análisis hasta aquí efectuado se observa que la disposición derogatoria primera del COA, expresamente ha derogado las normas que regulaban los recursos en vía administrativa; que según el inciso final del artículo 42 del COA, la impugnación de actos administrativos en vía administrativa se rige únicamente por ese código; y que, el inciso final del artículo 55 del COA que se refiere a los órganos colegiados, expresamente prevé que en ningún caso serán competentes para conocer y resolver recursos de impugnación en vía administrativa.

Por lo expuesto, en atención a su consulta se concluye que la competencia del Directorio de la ANT para resolver los recursos de impugnación de sanciones por infracciones administrativas, corresponde a los procedimientos que se hubieren encontrado en trámite a la fecha en que empezó a regir el COA, en armonía con la Disposición Derogatoria Primera, el inciso final del artículo 55 y el primer inciso de la Disposición Transitoria Segunda de ese código.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia de normas jurídicas, es de responsabilidad exclusiva de la entidad consultante su aplicación a casos particulares.

SELECCIÓN DE SOCIO ESTRATÉGICO PARA UN PROCESO DE ALIANZA ESTRATÉGICA

Oficio PGE No. 01796 de 20-06-2018

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO

CONSULTAS:

1. “¿De conformidad al artículo 9 de la LOEP, es competente el directorio de una empresa pública de un GAD municipal para efectuar la selección y adjudicación del socio estratégico, dentro de un proceso de alianza estratégica?”.
2. “¿De conformidad al artículo 11 numeral 3 de la LOEP, es el gerente general de una empresa pública de un GAD municipal el competente para suscribir alianzas estratégicas cuya autorización de inicio de proceso hubiere sido aprobada por el directorio de la empresa?”.
3. ¿De conformidad con los artículos 10 y 11 numeral 3 de la LOEP, es el gerente general de una empresa pública de un GAD municipal el competente para elaborar los pliegos y especificaciones técnicas o bases del proceso de selección de socio estratégico para un proceso de alianza estratégica y en tal virtud el único competente para seleccionar al socio y adjudicar dicho proceso?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República de Ecuador: Arts. 226, 315, 318 y 326.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización: Arts. 277.

Ley Orgánica de Empresas Públicas: Arts.4, 5, 9 núm. 16, 35 y 36, 10, 11 núms. 1, 2, 3, 35 inc. Sexto y 36.

Pronunciamiento del Procurador General del Estado: Oficio No. 10100 de 9 de octubre de 2012.

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

PRIMERA CONSULTA

(...)

El artículo 315 de la Constitución la República²⁵⁶, prevé 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”. También dispone que dichas empresas: “(...) estarán bajo la 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”.

El primer inciso del artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas²⁵⁷, en adelante LOEP, dispone que las empresas públicas: “(...) 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 artículo 5 de la LOEP norma la creación de empresas públicas y en el caso específico de las empresas de los gobiernos autónomos descentralizados, su numeral 2 dispone que éstas se crean por acto normativo legalmente expedido por dichos gobiernos.

En armonía con las normas previamente invocadas, el artículo 277 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en adelante COOTAD²⁵⁸, prescribe que: “Los gobiernos regional, provincial, metropolitano o municipal podrán crear empresas públicas siempre que esta forma de organización convenga más a sus intereses y a los de la ciudadanía; garantice una mayor eficiencia y mejore los niveles de calidad en la prestación de servicios públicos de su competencia o en el desarrollo de otras actividades de emprendimiento”; y, agrega que: “La creación de estas empresas se realizará por acto normativo del órgano de legislación del gobierno autónomo descentralizado respectivo y observará las disposiciones y requisitos previstos en la ley que regule las empresas públicas”.

256 Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

257 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 48 de 16 de octubre de 2009.

258 Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010.

El artículo 9 de la LOEP, que se menciona en su primera consulta, se refiere a las atribuciones del Directorio de una empresa pública y entre las responsabilidades que le asigna a dicho órgano, el numeral 16 establece: “16. Las demás que le asigne esta Ley, su Reglamento General y la reglamentación interna de la empresa”.

De otra parte, el artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas prevé lo siguiente:

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

(...)

Todo proceso de selección de socios privados para la constitución de empresas de economía mixta debe ser transparente de acuerdo a la ley y se requerirá concurso público, y **para perfeccionar la asociación no se requerirá de otros requisitos o procedimientos que no sean los establecidos por el Directorio.**

No requerirán de concursos públicos los procesos de asociación con otras empresas públicas o subsidiarias de éstas, de países que integran la comunidad internacional.

Para el caso de empresas públicas encargadas de la gestión del agua, se estará a lo dispuesto en el Artículo 318 de la Constitución de la República.”. (El resaltado me corresponde)

Del análisis de la norma anteriormente invocada se establece que el inciso primero del artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas reconoce la capacidad asociativa de estas personas jurídicas de derecho público y a su vez señala varias formas de asociación, entre ellas, las alianzas estratégicas. Adicionalmente, el inciso quinto del artículo 35 de la LOEP, regula el caso específico de las compañías de economía mixta.

Además, el inciso sexto del citado artículo 35 determina como única excepción para prescindir de los concursos públicos: “los procesos de asociación con otras empresas públicas o subsidiarias de éstas, de países que integran la comunidad internacional”; dicho de otra manera, se aprecia que, siempre que una empresa pública pretenda llevar a cabo un proceso asociativo, bajo cualquiera de las modalidades permitidas por la Ley, deberá preceder el correspondiente concurso público, que permita seleccionar al socio de la empresa pública, excepto si el socio con el que la empresa pública pretende asociarse es una empresa pública o subsidiaria, de países que integran la comunidad internacional.

Además, el artículo 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, establece que:

“Art. 36.- INVERSIONES EN OTROS EMPRENDIMIENTOS.- Para ampliar sus actividades, acceder a tecnologías avanzadas y alcanzar las metas de productividad y eficiencia en todos los ámbitos de sus actividades, las empresas públicas gozarán de capacidad asociativa, entendida ésta como la facultad empresarial para asociarse en consorcios, alianzas estratégicas, conformar empresas de economía mixta en asocio con empresas privadas o públicas, nacionales o extranjeras, constituir subsidiarias, adquirir acciones y/o participaciones en empresas nacionales y extranjeras y en general optar por cualquier otra figura asociativa que se considere pertinente conforme a lo dispuesto en los Arts. 315 y 316 de la Constitución de la República.

Las empresas públicas ecuatorianas podrán asociarse con empresas estatales de otros países, con compañías en las que otros Estados sean directa o indirectamente accionistas mayoritarios. En todos estos casos se requerirá que el Estado ecuatoriano o sus instituciones hayan suscrito convenios de acuerdo o cooperación, memorandos o cartas de intención o entendimiento.

En general los acuerdos asociativos e inversiones previstas en el inciso anterior deberán ser aprobados mediante resolución del Directorio en función de los justificativos técnicos, económicos y empresariales presentados mediante informe motivado y no requerirán de otros requisitos o procedimientos que no sean los establecidos por el Directorio para perfeccionar la asociación o inversiones, respectivamente.

Las inversiones financieras y en los emprendimientos en el exterior serán autorizadas por el respectivo Directorio de la Empresa Pública”. (El resaltado me corresponde).

Con idénticos fundamentos jurídicos, sobre la selección de un socio privado para la conformación de una asociación distinta a una empresa de economía mixta, la Procuraduría General del Estado, ya se ha pronunciado, según consta del oficio No. 10100 de 9 de octubre de 2012, en el que se manifestó lo siguiente:

“Respecto a si es necesario que se efectúe un concurso público para la selección del socio, es preciso indicar que debe cumplirse con dicho concurso, conforme se ha pronunciado esta Procuraduría, con motivo de la consulta formulada por la Empresa Pública Municipal de Aseo de Cuenca EMAC EP, relacionada con la constitución de una compañía de economía mixta, mediante oficio signado con el No. 06885 de 8 de marzo de 2012, en el que analizo el alcance del artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en el siguiente tenor:

Del artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se establece que la única excepción al concurso público para la selección de socios, son los procesos de asociación con otras empresas públicas o subsidiarias de éstas, de países que integran la comunidad internacional y en aplicación de la regla 1 del artículo 7 del Código Civil, cuando el sentido de la Ley es claro, no se desatenderá su tenor literal.

(...)

Le corresponde al Directorio, determinar los requisitos y procedimientos para la selección de socios privados. De igual manera, es responsabilidad del Directorio precautelar la legalidad y transparencia del proceso, así como las condiciones de participación de la empresa pública.

La conveniencia de constituir una asociación, alianza estratégica o una sociedad de economía mixta y, en general, de escoger una forma asociativa, así como de establecer los requisitos y procedimientos para seleccionar un socio privado, son de competencia del Directorio de la Empresa Pública”.

Por lo expuesto, en atención a su consulta, se concluye que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 9 numeral 16, 35 y 36 de la LOEP, es atribución privativa del Directorio de cada empresa pública, determinar a través de la correspondiente resolución, en función de los justificativos técnicos, económicos y empresariales, presentados mediante informe motivado, los mecanismos y parámetros para el correspondiente concurso público que se debe efectuar para realizar la selección y adjudicación del socio estratégico, dentro de un proceso de alianza estratégica y otras formas asociativas previstas en dicha Ley Orgánica, sin que sean aplicables otros requisitos o procedimientos que no sean los establecidos por el Directorio, en base a la Ley, para perfeccionar la asociación.

SEGUNDA Y TERCERA CONSULTA

(...)

En virtud de que la segunda y la tercera consultas se refieren a un mismo tema y ambas citan como fundamento jurídico el artículo 11 numeral 3 de la LOEP, voy a analizarlas de manera conjunta.

Con respecto al Gerente General de las empresas públicas, el artículo 10 de la LOEP dispone lo siguiente:

“Art. 10.- GERENTE GENERAL.- La o el Gerente General de la empresa pública será designado por el Directorio, de fuera de su seno. Ejercerá la representación legal, judicial y extrajudicial de la empresa y será en consecuencia el responsable de la gestión empresarial, administrativa, económica, financiera, comercial, técnica y operativa. Deberá dedicarse de forma exclusiva y a tiempo completo a las labores inherentes a su cargo, con la salvedad establecida en la Constitución de la República.

Para ser Gerente General se requiere: 1) Acreditar título profesional mínimo de tercer nivel; 2) Demostrar conocimiento y experiencia vinculados a la actividad de la empresa; y, 3) Otros, según la normativa propia de cada empresa.

En caso de ausencia o incapacidad temporal del Gerente General lo subrogará el Gerente General Subrogante”.

El artículo 10 de la LOEP señala la calidad de representante legal del gerente general y los requisitos que dicho funcionario debe cumplir para ostentar tal cargo; y, el artículo 11 de la LOEP, que menciona en su consulta, establece los deberes y atribuciones del gerente general de una empresa pública, y entre ellos los siguientes:

“Art. 11.- DEBERES Y ATRIBUCIONES DEL GERENTE GENERAL.- El Gerente General, como responsable de la administración y gestión de la empresa pública, tendrá los siguientes deberes y atribuciones:

1. Ejercer la representación legal, judicial y extrajudicial de la empresa pública;
 2. Cumplir y hacer cumplir la ley, reglamentos y demás normativa aplicable, incluida las resoluciones emitidas por el Directorio;
 3. Suscribir las alianzas estratégicas aprobadas por el Directorio;
- (...)”.

Al atender su primera consulta, quedó establecido que es competencia del Directorio de cada empresa pública, determinar a través de la correspondiente resolución, en función de los justificativos técnicos, económicos y empresariales, presentados mediante informe motivado, los mecanismos y parámetros para el correspondiente concurso público que se debe efectuar para realizar la selección y adjudicación del socio estratégico para los procesos de alianza estratégica.

Por lo expuesto, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 11 de la LOEP, corresponde al gerente general de una empresa pública suscribir las alianzas estratégicas autorizadas por el directorio de la empresa, en los términos reglados por dicho cuerpo colegiado en ejercicio de las facultades que al efecto confieren al directorio los artículos 35 y 36 de la misma Ley Orgánica. En consecuencia, según dichas normas, la aprobación de pliegos y especificaciones técnicas o bases del proceso de selección de socio estratégico para un proceso de alianza estratégica, así como los criterios para seleccionar al socio y adjudicar dicho proceso, deben ser reglados por el directorio de la respectiva empresa pública, previo a su aplicación por parte del gerente general.

SUBROGACIÓN DE FUNCIONES Y CONVOCATORIA A SESIÓN ORDINARIA O EXTRAORDINARIA: CONSEJO METROPOLITANO DE QUITO

Oficio PGE No. 01383 de 18-05-2018

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO

CONSULTAS:

1. “¿Conforme lo establecido en el artículo 253 de la Constitución de la República de Ecuador, en concordancia con los artículos 87, literal n), 91 y 92 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización –COOTAD, y artículo 8, número 13 de la Ley de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito, existe la figura de la ‘Segunda Vicealcaldía’ en el Distrito Metropolitano de Quito para subrogar las funciones del señor Vicealcalde Metropolitano?”.
2. “¿Conforme lo previsto en los literales a), b) y c) del artículo 90, 91 y 92 del COOTAD, en concordancia con el artículo 9, 86, 318 y 319 del mismo Código, es el señor Alcalde Metropolitano, en su calidad de máxima autoridad del gobierno autónomo descentralizado metropolitano y presidente de su órgano legislativo, a quien de forma exclusiva le corresponde disponer la convocatoria a sesiones del órgano legislativo, formulando para el efecto el orden del día a tratarse, y en su ausencia, y, únicamente al señor Vicealcalde Metropolitano, en subrogación de sus funciones en los casos expresamente contemplados en la Ley. En consecuencia, puede algún funcionario o servidor público (incluido el segundo (a) vicepresidente (a) del Concejo), que no sea el Alcalde Metropolitano o en caso de subrogación legal el Vicealcalde, convocar a sesión ordinaria o extraordinaria del Concejo, si esta constituye una competencia privativa reservada para el máximo personero del Ejecutivo del GAD municipal del Distrito Metropolitano de Quito?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador: Art. 226 y 253.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización: Arts. 8 núm. 13, 9, 56, 57 lit. d), o), 60 lit. c), 61, 62, 82, 86, 87, lit. n), 90, lit. a), b) y c), 91, 92 lit. a), 317, 318, 319, y 323.

Ley de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito: Arts. 8 núm. 13

Resolución No. C 074, Consejo Metropolitano de Quito, de 8 de marzo de 2016: Art. 7.

Pronunciamiento del Procurador General del Estado: Oficio No. 09651 de 5 de septiembre de 2012.

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

El informe del Procurador Metropolitano Encargado, que consta en oficio No. 0000115 de 9 de mayo

de 2018, remitido como anexo a la consulta, refiere como antecedente que hay ocasiones en que se presentan circunstancias jurídicas o fácticas, que impiden contar con la presencia del Alcalde Metropolitano en las sesiones del Concejo; y agrega que:

“(...) existen inquietudes y confusiones por parte de algunos sectores ciudadanos e inclusive de sectores pertenecientes a la entidad municipal en el sentido de que al establecer (la) Ley de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito, en su artículo 8, número 13, que le corresponde al Concejo Metropolitano de Quito, entre otras, ‘(...) Elegir un primer y un segundo vicepresidentes del Concejo (...)’, el o la segundo (a) vicepresidente (a) del Concejo tendría la atribución de subrogación de funciones y en consecuencia las competencias que le han sido establecidas exclusivamente al Vicealcalde o Vicealcaldesa en los artículos 91, 92 y demás pertinentes del COOTAD, incluyendo aquellas de excepción previstas en el art. 335 del cuerpo legal previamente invocado”.

En su informe jurídico, el Procurador Metropolitano Encargado, cita como fundamento las normas de la Constitución de la República y del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización que la consulta invoca, las mismas que regulan la integración de los Concejos Municipales, la forma en que ese órgano colegiado elige entre sus miembros al vicealcalde y las atribuciones de dicho dignatario; y, agrega:

“Por su parte, la Ley de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito, en su artículo 8, número 13, señala que le corresponde al Concejo Metropolitano de Quito, entre otras, ‘(...) Elegir un primer y un segundo vicepresidentes, (...)’. Con relación a las atribuciones del primer Vicepresidente del Cuerpo Edilicio, quien conforme Resolución del Concejo Metropolitano No. C 216²⁵⁹ de 22 de agosto de 2016, además tiene la calidad de Vicealcalde del Distrito Metropolitano de Quito, el mismo ejerce las atribuciones previstas en los artículos 91 y 92 del COOTAD, y conforme el artículo 7 de la Resolución de Concejo No. C 074²⁶⁰, de 8 de marzo de 2016, preside las sesiones del legislativo en caso de ausencia del Alcalde. Y, con relación a las atribuciones de la segunda Vicepresidenta del Concejo, solo se prevé aquella prevista en el mismo artículo 7 de la Resolución de Concejo No. C 074, esto es, presidir las sesiones del legislativo en caso de ausencia simultánea de Alcalde y del primer Vicepresidente del Cuerpo Edilicio, el Vicealcalde”.

Sobre dicha base, el Procurador Metropolitano Encargado expone una conclusión general sobre las dos consultas, en la que manifiesta:

“En tal sentido, no existe norma en el ordenamiento jurídico por la cual se prevea la subrogación de las atribuciones conferidas por la ley a quien es designado como Vicealcalde, lo cual se ha señalado, entre otros, en el oficio No. 9405 de 21 de agosto de 2012, de la Procuraduría General del Estado (...).

259 “El Concejo Metropolitano de Quito, mediante resolución contenida en oficio No. C 216, de 22 de agosto de 2016, decide ‘Designar al Concejil Abg. Eduardo Del Pozo como Primer vicepresidente del Concejo Metropolitano de Quito y, como tal, Vicealcalde del Distrito Metropolitano de Quito, quien ejercerá las atribuciones y derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y metropolitano para dicho cargo”.

260 “El artículo 7 de la Resolución de Concejo No. C 074, de 8 de marzo de 2016, dispone: ‘**Artículo 7.- Subrogación de la presidencia de las sesiones.** - A falta de la alcaldesa o alcalde, presidirá la sesión del Concejo Metropolitano la primera o primer vicepresidente y en su ausencia, la segunda o segundo vicepresidente; si faltaren las autoridades antes enunciadas, presidirá la sesión la concejala o el concejal que el alcalde o alcaldesa designe (...)’.

(...) esta Procuraduría Metropolitana considera que no existe la figura de una Segunda Vicealcaldía en el Distrito Metropolitano de Quito, cuya función sea la subrogación de las funciones del Vicealcalde Metropolitano, y en tal sentido la atribución para convocar a sesiones del Concejo Metropolitano de Quito, ya sean ordinarias o extraordinarias, y proponer el orden del día de las mismas, corresponde exclusivamente al Alcalde Metropolitano, en su calidad de ejecutivo del gobierno autónomo descentralizado metropolitano y presidente del órgano legislativo, y en su ausencia, del señor Vicealcalde Metropolitano, conforme lo previsto en los artículos 226 y 253 de la Constitución de la República del Ecuador; 9, 86, 87, literal n), 90, literales a), b) y c), 91 y 92 del COOTAD; sin perjuicio de lo cual, conforme prevé el artículo 8, número 13 de la Ley de Régimen del Distrito Metropolitano de Quito, existen dos Vicepresidencias del Cuerpo Edilicio, cuyas atribuciones se encuentran previstas en el artículo 7 de la Resolución de Concejo No. C 074, de 8 de marzo de 2016, esto es presidir las sesiones del Concejo Metropolitano, en el caso del Vicealcalde y Primer Vicepresidente, en ausencia del señor Alcalde; y, en el caso de la Segunda Vicepresidenta, en caso de ausencia simultánea del señor Alcalde y el Vicealcalde Metropolitano, quien a su vez es el Primer Vicepresidente del Cuerpo Edilicio”.

Sus consultas se relacionan con las atribuciones del segundo vicepresidente del concejo metropolitano, a quien se refiere el artículo 8 numeral 13 de la Ley de Régimen del Distrito Metropolitano de Quito; y tienen por finalidad determinar si dicho dignatario tiene competencia para subrogar al Alcalde y convocar a sesión del concejo. Toda vez que sus consultas están referidas a la misma materia, las atiendo en forma conjunta.

Al efecto se considera como antecedente que el artículo 253 de la Constitución de la República, establece la forma en que se integra el concejo cantonal, dispone que el alcalde presida ese órgano y prevé la designación del vicealcalde de entre los miembros del concejo; el texto de la norma es el siguiente:

“Art. 253.- Cada cantón tendrá un concejo cantonal, que estará integrado por la alcaldesa o alcalde y las concejales y concejales elegidos por votación popular, entre quienes se elegirá una vicealcaldesa o vicealcalde. La alcaldesa o alcalde será su máxima autoridad administrativa y lo presidirá con voto dirimente. En el concejo estará representada proporcionalmente a la población cantonal urbana y rural, en los términos que establezca la ley”.

Concordantes, los artículos 56 y 86 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (en adelante COOTAD), prevén que los concejos cantonales y metropolitanos se integran por concejales elegidos por votación popular, y reiteran que el alcalde los preside, a quien le confieren voto dirimente.

Entre las atribuciones de los órganos colegiados de los gobiernos autónomos descentralizados (en adelante GADs), los artículos 57 letra o) y 87 letra n), incluyen explícitamente la de elegir al “vicealcalde” de entre sus miembros.

La designación del vicealcalde también está reglada por los artículos 61 y 91 del COOTAD, normas

de similares textos, que concuerdan al conferir al vicealcalde el carácter de “segunda autoridad” del GAD municipal o metropolitano; reiteran que su designación corresponde al Concejo de entre sus miembros; y prevén que su nominación no implica la pérdida de la calidad de concejal. El segundo inciso del artículo 317 del COOTAD, dispone que la designación del vicealcalde se efectúe en la sesión inaugural del órgano legislativo del respectivo GAD.

Sobre el procedimiento para la designación del vicealcalde, en pronunciamiento contenido en oficio No. 09651 de 5 de septiembre de 2012 la Procuraduría General del Estado, concluyó que:

“Por su naturaleza, la designación de la segunda autoridad ejecutiva del gobierno autónomo descentralizado municipal, constituye un acto de carácter específico, que corresponde ser aprobado por el Concejo mediante resolución de conformidad con los artículos 57 letra d) y 323 del COOTAD (...).”.

De acuerdo con el artículo 61 del COOTAD, corresponde al vicealcalde reemplazar al alcalde en caso de ausencia²⁶¹ y en los casos expresamente previstos en la ley; no obstante, el artículo 91 del COOTAD, al referirse en forma específica al vicealcalde metropolitano, no usa la palabra reemplazo, sino que prevé en su parte final que “Intervendrá en ausencia del alcalde o alcaldesa metropolitano y en los casos expresamente previstos en la ley”.

Las atribuciones del vicealcalde constan establecidas de forma expresa en los artículos 62 y 92 del COOTAD; ésta última norma que con respecto al vicealcalde metropolitano dispone lo siguiente:

“Art. 92.- Atribuciones. - Son atribuciones del vicealcalde o vicealcaldesa metropolitanos:

- a) Subrogar al alcalde o alcaldesa metropolitano, en caso de ausencia temporal mayor a tres días y durante el tiempo que dure la ausencia. En caso de ausencia definitiva, el o la vicealcaldesa asumirá hasta terminar el período. La autoridad reemplazante recibirá la remuneración correspondiente a la primera autoridad del ejecutivo;
- b) El cumplimiento de las funciones y responsabilidades delegadas por el alcalde o alcaldesa metropolitano;
- c) Todas las correspondientes a su condición de concejal o concejala;
- d) Los vicealcaldes o vicealcaldesas, no podrán pronunciarse en su calidad de concejales o concejalas, sobre la legalidad de los actos o contratos que hayan ejecutado durante sus funciones como ejecutivos. Las resoluciones que el concejo adopte contraviniendo esta disposición, serán nulas; y,
- e) Las demás que prevean la ley, el estatuto de autonomía y las ordenanzas metropolitanas”.

De lo hasta aquí analizado se observa que, de acuerdo con el COOTAD, el vicealcalde es designado

²⁶¹ La ausencia del alcalde se puede producir por licencia concedida por el concejo según la letra s) del artículo 57 del COOTAD en armonía con el artículo 26 de la LOSEP, según ha concluido esta Procuraduría en pronunciamiento contenido en oficio No. 04052 de 4 de octubre de 2011; o por existir causa legal de excusa, conforme al procedimiento reglado por el artículo 336 del COOTAD, materia del pronunciamiento de este Organismo, contenido en oficio No. 01159 de 13 de mayo de 2015.

por el concejo, de entre sus miembros, en la sesión inaugural de ese órgano colegiado; las atribuciones del vicealcalde están expresamente previstas en ese Código, y entre ellas le corresponde subrogar al alcalde según la letra a) de los artículos 62 y 92 del COOTAD, en caso de ausencia temporal que supere los tres días, o en el evento de ausencia definitiva.

Con respecto a la ausencia del vicealcalde, en pronunciamientos contenidos en oficios No. 04052 de 4 de octubre de 2011 y 09405 de 21 de agosto de 2012, con fundamento en el artículo 165 de la Ley Orgánica Electoral, esta Procuraduría, concluyó que: "(...) en el caso de ausencia temporal de un concejal que actualmente se encuentra designado como vicealcalde, corresponde a su concejal suplente una vez principalizado asumir la dignidad de concejal, sin que ello conlleve el ejercicio del cargo de vicealcalde"²⁶².

La Ley de Régimen del Distrito Metropolitano de Quito²⁶³ se promulgó con anterioridad a la actual Constitución de la República y al COOTAD. El numeral 13 del artículo 8 de esa Ley, sobre cuya aplicación trata su primera consulta, incluye entre las atribuciones del concejo metropolitano, la de "Elegir un primer y un segundo vicepresidentes (...)"; no obstante, de la revisión del contenido de ese cuerpo normativo se aprecia que no existe ninguna norma que asigne directamente atribuciones a dichos dignatarios.

Es el artículo 7 de la Resolución No. C 074²⁶⁴ de 8 de marzo de 2016, adoptada por el Concejo Metropolitano de Quito, que ha citado el informe jurídico que se acompaña a la consulta, la norma secundaria que, para el caso de falta del alcalde metropolitano, autoriza al "primer vicepresidente" y en su ausencia al segundo vicepresidente, la subrogación de la presidencia de las sesiones del concejo metropolitano, según se aprecia del tenor de esa norma, que dispone:

"Artículo 7.- Subrogación de la presidencia de las sesiones. - A falta de la alcaldesa o alcalde, presidirá la sesión del Concejo Metropolitano la primera o primer vicepresidente y en su ausencia, la segunda o segundo vicepresidente; si faltaren las autoridades antes enunciadas, presidirá la sesión la concejala o el concejal que el alcalde o alcaldesa designe. En el caso de sesiones autoconvocadas de acuerdo a lo dispuesto en el COOTAD y a falta de las tres autoridades del Concejo, la presidencia la ejercerá el concejal o concejala que el pleno del Concejo Metropolitano designe por mayoría simple de los integrantes presentes".

Es pertinente considerar en el análisis que, no existe norma en el COOTAD que prevea la designación de vicepresidente del concejo cantonal o metropolitano, como tampoco de un segundo vicepresidente de los órganos colegiados de los GADs.

Según refiere el informe del Procurador Metropolitano Encargado, transcrito al inicio, el concejo metropolitano, mediante Resolución No. C 216 de 22 de agosto de 2016, ha resuelto que el Primer Vicepresidente del Concejo además tiene la calidad de Vicealcalde.

²⁶² La cita corresponde al oficio No. 09405.

²⁶³ Publicada en el Registro Oficial No. 345 de 27 de diciembre de 1993.

²⁶⁴ Resolución sobre el desarrollo y organización de las sesiones y los debates, el ejercicio de la facultad de fiscalización, la coordinación entre el concejo y el ejecutivo del distrito metropolitano de Quito y el código de ética de los integrantes del concejo metropolitano.

El reemplazo del alcalde por un concejal distinto del vicealcalde, no está previsto en el COOTAD, según fue analizado por este organismo en pronunciamiento contenido en oficio No. 03696 de 14 de septiembre de 2011, en el que se concluyó lo siguiente:

“Con respecto a la procedencia de reconocer el pago a un concejal que reemplace al Alcalde, el vigente COOTAD no contempla el reemplazo del Alcalde por parte de cualquier concejal; por el contrario, la atribución de reemplazar al Alcalde en caso de ausencia temporal o definitiva, corresponde exclusivamente al Vicealcalde, de conformidad con los artículos 61 y 62, letra a) del citado COOTAD, por lo que no es procedente el pago de la diferencia proporcional de la remuneración del Alcalde en ausencia de éste menor a tres días a un concejal que no sea el Vicealcalde”.

Del análisis efectuado, se observa que de acuerdo con los artículos 62 letra a) y 92 letra a) del COOTAD, es atribución del vicealcalde designado por el concejo, subrogar al alcalde en caso de ausencia temporal mayor a tres días y durante el tiempo que dure su ausencia y en caso de ausencia definitiva, hasta terminar el período del alcalde.

Mientras que, el numeral 13 del artículo 8 de la Ley de Régimen del Distrito Metropolitano de Quito, confiere al Concejo Metropolitano atribución para elegir un primer y un segundo vicepresidentes, pero no asigna competencias a esos dignatarios, mediante Resolución No. C 216 de 22 de agosto de 2016, el concejo metropolitano ha resuelto que el primer vicepresidente ejercerá las funciones de vicealcalde; y, para el caso de ausencia simultánea del alcalde y del primer vicepresidente del concejo, el artículo 7 de la Resolución No. C 074 del Concejo Metropolitano, autoriza al segundo vicepresidente únicamente la “subrogación de la presidencia de las sesiones” del concejo metropolitano.

Por tanto, las atribuciones que el artículo 92 del COOTAD asigna al vicealcalde, entre ellas la de subrogar legalmente al Alcalde según la previsión expresa de su letra a), corresponde ejercer exclusivamente al concejal designado por el concejo como vicealcalde. En consecuencia, el primer vicepresidente del concejo metropolitano de Quito, a quien según Resolución No. C 216 de 22 de agosto de 2016, corresponde la función de vicealcalde, únicamente en esa calidad ejerce las competencias que el citado artículo 92 del COOTAD asigna al vicealcalde.

Si bien el presente pronunciamiento analiza las normas vigentes, es oportuno considerar que el artículo 82 del Código Orgánico Administrativo²⁶⁵, que regirá a partir del 7 de julio de 2018, aclara que la subrogación procede únicamente en los casos previstos en la ley.

Con respecto a la atribución para efectuar la convocatoria a sesiones del concejo, materia de su segunda consulta, se considera que el artículo 9 del COOTAD asigna la facultad ejecutiva al alcalde del GAD municipal.

Concordantes, los artículos 60 letra c) y 90 letra c) del COOTAD asignan en forma expresa a los alcaldes, atribución para “Convocar y presidir con voz y voto las sesiones del concejo municipal

265 Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017. Según su Disposición Final, entrará en vigencia luego de transcurridos doce meses, contados a partir de su publicación en el Registro Oficial.

metropolitano, para lo cual deberá proponer el orden del día de manera previa (...); atribución que reiteran los artículos 318 y 319 del mismo Código, que regula las sesiones ordinarias y extraordinarias de los órganos colegiados de los GADS y que confiere al ejecutivo del respectivo GAD, la competencia para efectuar la convocatoria respectiva.

Sobre la aplicación del artículo 319 del COOTAD, se ha pronunciado este Organismo en oficio No. 09526 de 17 de febrero de 2017, en los siguientes términos:

“Del análisis jurídico hasta aquí efectuado, se evidencia que de acuerdo con los artículos 50 letra c), 60 letra c), 70 letra c) y 319 del COOTAD, es atribución del Ejecutivo del respectivo gobierno autónomo descentralizado, es decir la máxima autoridad del consejo, concejo o junta parroquial, efectuar la convocatoria a las distintas sesiones del órgano legislativo, dentro de las que se encuentran las sesiones extraordinarias.

Por lo expuesto, en atención a los términos de sus consultas se concluye que, de acuerdo con el artículo 319 del COOTAD, compete al Ejecutivo del gobierno autónomo descentralizado provincial, municipal o parroquial, efectuar la convocatoria a sesión extraordinaria, sea por iniciativa propia o a petición de al menos la tercera parte de los integrantes de ese órgano legislativo; es decir que los dignatarios que integran el órgano legislativo de cada gobierno autónomo descentralizado y que representen al menos la tercera parte de sus miembros, están facultados a solicitar al Ejecutivo de su respectivo nivel de gobierno, realice la convocatoria a sesión extraordinaria de dicho cuerpo colegiado pero no a convocarla directamente”.

De acuerdo con los artículos 60 letra c), 90 letra c), 318 y 319 del COOTAD, corresponde al alcalde la competencia para convocar a sesión del concejo, de ello se desprende que el vicealcalde puede ejercer esa atribución únicamente cuando actúe en subrogación legal del alcalde.

En atención a los términos de su primera consulta se concluye que, las figuras de primer y segundo vicepresidentes del concejo no están previstas en el COOTAD y que el numeral 13 del artículo 8 de la Ley de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito, si bien prevé la designación de dichos dignatarios, no les asigna atribuciones; en consecuencia, según el artículo 7 de la Resolución No. C 074 del Concejo Metropolitano de Quito, al segundo presidente del concejo le corresponde ejercer únicamente la “subrogación de la presidencia de las sesiones” del concejo, en los casos en que se configure la falta simultánea del Alcalde y del Vicealcalde, pero aquello no configura subrogación legal del vicealcalde, por no estar prevista en la ley y por tanto no le faculta al segundo vicepresidente del concejo el ejercicio de las atribuciones que el artículo 92 del COOTAD asigna únicamente al concejal designado como vicealcalde metropolitano.

En consecuencia, con relación a su segunda consulta se concluye que, de acuerdo con los artículos 90 letra c), 318 y 319 del COOTAD, la atribución para convocar a sesiones ordinarias o extraordinarias del concejo, corresponde al alcalde metropolitano como ejecutivo de ese GAD y en su ausencia, dichas atribuciones corresponden por subrogación legal, al vicealcalde de acuerdo con la letra a) del artículo 92 del mismo Código.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, no es facultad de la Procuraduría General del Estado determinar las competencias de los órganos de las entidades que forman parte del sector público.

SOCIEDADES MERCANTILES CON ACCIONISTA MAYORITARIO DEL SECTOR PÚBLICO: OBLIGACION A CONTRATAR AUDITORÍA

Oficio PGE No. 00259 de 23-08-2018

CONSULTANTE: INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS, ISSFA

CONSULTAS:

1. “Determinar la naturaleza de las empresas cuyo accionista mayoritario es el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas como sociedades mercantiles, sometidas a la normativa de la Ley de Compañías, en todas sus partes, considerando lo establecido en el artículo 1 de la Ley de Compañías (sociedades como inversión de fondos de la seguridad social militar); caso contrario, lo previsto en los artículos 1 y 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (Del Estado para sectores estratégicos y servicios públicos)”.
2. “Determinar la pertinencia respecto a la contratación de las auditorías externas de los estados financieros de las sociedades mercantiles con accionista mayoritario del sector público, como es el caso de las empresas del ISSFA, aplicando la normativa de la Ley de Compañías, artículos 319, 320, 321 y 430; considerando que estas compañías están sometidas a la vigilancia y control, cumplimiento de obligaciones plazos y sujetas a multas por parte de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros; sin perjuicio del examen que efectúa la Contraloría General del Estado dentro de sus funciones; caso contrario, someterse al procedimiento para este control establecido en el artículo 47 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, el que se efectúa normalmente en las instituciones públicas a través de la Contraloría General del Estado, conforme su planificación y discrecionalidad”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador: Art. 211.

Ley Orgánica de Empresas Públicas: Art. 47 núm. 1, Disp. Transitoria Tercera y Disp. Final Segunda.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado: Arts. 2, 3, 14, 28 y 31 núm. 1.

Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas: Art. 1.

Ley de Compañías: Art. 1, 2, 300, 308, 311, 318, 319, 320, 321, 430, 431 y 432.

Reglamento sobre Auditoría Externa expedido por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros: Art. 2.

Pronunciamiento del Procurador General del Estado: Oficio No. 16858 de septiembre de 2010; Oficio No. 12677 de 8 de abril de 2013; Oficio No. 13661 de 25 de junio de 2013.

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

PRIMERA CONSULTA

El informe de la Directora de Asesoría Jurídica de la entidad consultante, contenido en oficio No. ISSFA-DAJ-2018-0404-OF de 28 de mayo de 2018, cita normas de la Constitución de la República; la Ley Orgánica de Defensa Nacional; Ley Orgánica de Empresas Públicas y sus Disposiciones Transitorias Segunda, Tercera y su Disposición Final Segunda; Ley de Compañías; Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y su Reglamento de Inversiones, así como el Reglamento sobre Auditoría Externa de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros; cita adicionalmente varios pronunciamientos de esta Procuraduría que serán revisados más adelante. Sobre dicha base manifiesta y concluye:

“Las empresas que hoy son inversiones del Instituto, fueron entregadas en 2010 por la HoldingDine y constituyen recursos de terceros (asegurados), el ISSFA es accionista, pero pertenecen a los fondos de retiro, invalidez y muerte (RIM) por resolución del Consejo Directivo, empresas que por tener un accionista público están sometidas a los organismos de control; su naturaleza es mercantil, es decir desde su origen se constituyen como sociedades sometidas a la Ley de Compañías; efectivamente recibidas por el Instituto desde agosto de 2012.

(...) La Ley de Compañías por su parte, regula todo lo relativo a las sociedades mercantiles y establece taxativamente, que se encuentran bajo el control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, de conformidad con lo establecido por la Constitución para el efecto, organismos técnicos y de control; así como la normativa expedida por este organismo, como es el Reglamento de auditorías externas (...).

(...) la segunda disposición final de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que reforma la Ley de Compañías, establece la categoría de empresas como las que tiene el ISSFA, es decir sociedades mercantiles, como lo establece la Constitución al mencionar empresas con participación mayoritaria de entidades públicas, esta categoría consta además en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que se refiere a este tipo de compañías dentro del ámbito de la Ley y del régimen especial, es decir, se trata de sociedades mercantiles con accionistas que son entidades del sector público, en este caso el ISSFA (...).

4. CONCLUSIONES

- (...) La Ley Orgánica de Empresas Públicas se refiere a la conformación del Comité de Industrias de la Defensa Nacional, el mismo que fue integrado y que recomendó en 2010 y 2011 al Presidente de la República, transformar en empresas públicas a las siguientes de las Fuerzas Armadas: TAME, Industria Aeronáutica del Ecuador DIAF; Astilleros Navales Ecuatorianos ASTINAVE; Flota Petrolera Ecuatoriana FLOPEC; Transportes Navieros Ecuatorianos TRANSSAVE; AEROSTAR S.A. SAB; SEMALOG S.A. y MULTIMODAL Operadores Portuarios S.A.
- Solamente las empresas señaladas en la conclusión anterior, fueron analizadas como estratégicas del Estado o de Defensa, razón por la cual fueron transformadas en empresas públicas; las empresas de la HoldingDine tienen objetos sociales de carácter comercial y no fueron materia de este proceso.
- (...) Las empresas o sociedades mercantiles en las que el Instituto posee acciones desde 2012, transferidas por la HoldingDine, y que no pertenecen a las Fuerzas Armadas, forman parte del portafolio de inversiones privativas del ISSFA, y aportan a la sostenibilidad de los fondos previsionales.
- (...) Las empresas en las que el ISSFA tiene acciones como parte de su portafolio de inversiones no constituyen empresas públicas, sino que tienen naturaleza de sociedades mercantiles reguladas por la Ley de Compañías y bajo el control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros en cuanto a su organización, funcionamiento y obligaciones. Sin perjuicio del control sobre sociedades mercantiles, establecido en el artículo 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, respecto a sociedades mercantiles que cuentan con socios o accionistas públicos y en la parte proporcional de dichos recursos públicos; no siendo aplicable el artículo 47 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas”.

Por su parte, el Contralor General del Estado, Subrogante, con relación al tema de consulta cita los artículos 211 de la Constitución de la República y 31 numeral 1 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; y concluye con el siguiente criterio institucional:

“De conformidad con la norma constitucional y la disposición legal antes transcritas, **para fines de control gubernamental**, a la Contraloría General del Estado le compete el control de las corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles, cuyo capital

social, patrimonio, fondo o participación tributaria esté integrado, con recursos públicos; para lo cual se encuentra facultada para practicar la auditoría externa por sí misma o mediante la utilización de compañías privadas de auditoría de conformidad con el procedimiento previsto por el Art. 28 de la (Ley) Orgánica de la Contraloría General del Estado”. (El resaltado corresponde al texto original y la palabra entre paréntesis me pertenece).

En el informe jurídico de la entidad consultante, se mencionan dos pronunciamientos emitidos por esta Procuraduría, el primero contenido en el oficio No. 16858 de 30 de septiembre de 2010 en el que este Organismo manifestó lo siguiente:

“Toda vez que las empresas INMOSOLUCIÓN S.A. y ASPROS C.A. que ha constituido el ISSFA, en las que según la consulta mantiene el cien por ciento de las acciones en su propiedad, son empresas mercantiles en las que ese Instituto ha invertido los recursos provenientes del patrimonio de la seguridad social, atenta la naturaleza del ISSFA que es una entidad de las Fuerzas Armadas, están sujetas a la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, por lo que deberán mantener su naturaleza jurídica hasta que se constituya el Comité de la Industria de la Defensa Nacional, que determinará expresamente si dichas sociedades se transforman en empresas públicas (...)”.

En el segundo pronunciamiento contenido en oficio No. 12677 de 8 de abril de 2013²⁶⁶ la Procuraduría General del Estado manifestó lo siguiente:

“En consecuencia, hasta que el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y en general las Fuerzas Armadas, cumplan con las recomendaciones que haya efectuado el Comité de Industrias de la Defensa, respecto de qué empresas quedan bajo control de las Fuerzas Armadas y adecuen su naturaleza jurídica a Empresas Públicas y en aquellas que haya decidido que no continúen participando, se efectúen los procesos de desinversión, conforme lo determina la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, cabe analizar el régimen aplicable en dicho lapso a las empresas en las que el ISSFA es accionista mayoritario, materia de su consulta.

(...)

En consecuencia, con idéntico análisis jurídico al antes citado, se concluye que las sociedades anónimas, cuyo capital societario esté integrado única o mayoritariamente con recursos provenientes de entidades del sector público, se hallan reguladas por la Ley de Compañías, exclusivamente para asuntos de carácter societario y para los demás efectos se rigen por las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, por mandato expreso del artículo innumerado, agregado a continuación del artículo 300 de la Ley de Compañías, esto sin perjuicio de que el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, conforme advertí previamente, deberá cumplir con lo preceptuado en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y acatar las recomendaciones del Comité de Industrias de la Defensa (...)”.

266 Ratificado mediante Oficio 13661 de 25 de junio de 2013

De acuerdo con el artículo 1 de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas²⁶⁷ reformado por la Ley de Fortalecimiento a los Regímenes Especiales de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional²⁶⁸, el ISSFA forma parte del sistema de seguridad social.

La Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas²⁶⁹ que fue motivo de análisis en los pronunciamientos Nos. 11004 y 11163, estableció un régimen particular para las empresas de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, según el cual correspondía al Comité de Industria de la Defensa Nacional resolver sobre el destino de las empresas bajo control o dependencia de las Fuerzas Armadas.

En tal contexto entre los antecedentes que se transcriben en el informe jurídico de la entidad consultante, es necesario resaltar aquellos referidos a las resoluciones del Comité de la Industria de la Defensa, contenidos en Actas Nos. CIDEN-005 de 29 de septiembre de 2010 y CIDEN-006 de 26 de julio de 2011, por las que ese Comité, bajo su responsabilidad, recomendó al entonces Presidente de la República, que TAME, DIAF, ASTINAVE, FLOPEC, TRANSNAVE, AEROSTAR S.A. SAB, SEMALOG S.A., MULTIMODAL S.A. y Operadores Portuarios S.A. se transformen en empresas públicas, así como la transferencia de acciones a favor del Instituto a su cargo.

De los pronunciamientos de este Organismo constantes en oficios Nos. 16858 de 30 de septiembre de 2010 y 12677 de 8 de abril de 2013 y su ratificación contenida en el oficio No. 13661 de 25 de junio de 2013, que atendieron consultas del Instituto que usted representa, se evidencia que en las mismas no se puso en conocimiento de esta Procuraduría ninguna resolución del Comité de Industrias de la Defensa.

Adicionalmente, cabe señalar que del portal de información de la Superintendencia de Compañías²⁷⁰, en el Kardex de Accionistas de la compañía HOLDINGDINE S.A. aparece que ésta era la tenedora de acciones de las empresas de propiedad de las Fuerzas Armadas a través de la Dirección de Industrias del Ejército; la cual transfirió las acciones a favor del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas el 4 de noviembre de 2010; y que con posterioridad a aquello se efectuó el registro de dichas transferencias. A manera de ejemplo se pueden citar Emsairport Services CEM y Acerías Nacionales del Ecuador Sociedad Anónima (A.N.D.E.C.), cuyas transferencias de acciones se verificaron el 21 y 30 de agosto de 2012, respectivamente.

De lo hasta aquí manifestado, es pertinente precisar que a la Procuraduría General del Estado no le corresponde pronunciarse sobre las resoluciones o recomendaciones realizadas por el Comité de Industrias de la Defensa, ni respecto de las transferencias de acciones efectuadas a favor del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, ya que aquello es de estricta responsabilidad del indicado Comité y de los intervinientes en tales procesos.

En razón de lo señalado, el análisis jurídico para atender sus consultas, considera la actual situación de las sociedades mercantiles, que según manifiesta: "(...) son propiedad del Instituto de Seguridad

267 Publicada en Suplemento del Registro Oficial No.995 de 7 de agosto de 1992

268 Publicada en Suplemento del Registro Oficial No. 867 de 21 de octubre de 2016

269 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 48 de 16 de octubre de 2009

270 www.supercias.gob.ec

Social de las Fuerzas Armadas” y que no fueron motivo de informe del Comité de Industria de la Defensa.

Con tal aclaración, cabe señalar que los artículos 1 y 2 de la Ley de Compañías²⁷¹ definen al contrato de compañía previendo que se rige por las disposiciones de esa Ley, el Código de Comercio, los convenios de las partes y el Código Civil; y establecen cinco tipos de compañías que por su naturaleza son personas jurídicas de derecho privado.

El artículo innumerado agregado a continuación del artículo 300 de la Ley de Compañías, introducido por la Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, prescribe:

“Art.- (...) Exclusivamente para asuntos de carácter societario, las sociedades anónimas cuyo capital societario esté integrado única o mayoritariamente con recursos provenientes de: 1. entidades del sector público; 2. empresas públicas municipales o estatales o, 3. sociedades anónimas; cuyo accionista único es el Estado, estarán sujetas a las disposiciones contenidas en esta Sección. Para los demás efectos, dichas empresas se sujetarán a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Empresas Públicas”.

La norma transcrita se ubica en la Sección VI de la Ley de Compañías, que regula a la sociedad anónima; y, el artículo 308 *Ibidem* que no ha sido reformado dispone que: “El Estado, las municipalidades, los consejos provinciales y 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”.

Es decir que las sociedades anónimas constituidas de conformidad con la Ley de Compañías, cuyo capital societario esté integrado única o mayoritariamente con recursos provenientes de entidades del sector público, se hallan reguladas por esa ley exclusivamente para asuntos de carácter societario; y, para los demás efectos se rigen por las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, por mandato expreso del artículo innumerado agregado a continuación del artículo 300 de la Ley de Compañías.

El artículo 311 de la Sección VIII de la Ley de Compañías, titulada “De la Compañía de Economía Mixta” prevé que: “Son aplicables a esta compañía las disposiciones relativas a la compañía anónima en cuanto no fueren contrarias a las contenidas en esta Sección”, por lo que se establece que el artículo innumerado añadido a continuación del artículo 300 de la Ley de Compañías, también es aplicable a las compañías de economía mixta.

Por tanto en atención a los términos de su primera consulta se concluye que las sociedades mercantiles constituidas al amparo de la legislación societaria ecuatoriana, cuyo accionista mayoritario es el ISSFA, son personas jurídicas de derecho privado sujetas en materia societaria al control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros en armonía con el régimen especial que establece expresamente el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 300 de la Ley de Compañías y los artículos 308 y 311 de la misma Ley, según el cual las sociedades anónimas y de economía mixta constituidas por las entidades públicas, exclusivamente para asuntos

271 Codificación publicada en el Registro Oficial No. 312 de 5 de noviembre de 1999, incluida la Fe de Erratas publicada en el Registro Oficial No. 326 de 25 de noviembre de 1999.

de carácter societario están sujetas a la ley societaria, mientras que para los demás efectos dichas empresas se sujetarán a la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

SEGUNDA CONSULTA

(...)

De acuerdo con los artículos 430 y 431 de la Ley de Compañías, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros es el organismo técnico y autónomo que vigila y controla la organización, actividades, funcionamiento, disolución y liquidación de las siguientes compañías: nacionales anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta; de las empresas extranjeras que ejerzan sus actividades en el Ecuador, cualquiera que fuere su especie; de las compañías de responsabilidad limitada y de las bolsas de valores y demás entes, en los términos de la Ley de Mercado de Valores.

Por su parte, el artículo 432 de la Ley de Compañías prescribe que la vigilancia y control de la Superintendencia será ex post al proceso de constitución y registro, y comprende los aspectos jurídicos, societarios, económicos, financieros y contables, para lo cual la Superintendencia podrá ordenar las verificaciones e inspecciones que considere pertinentes.

Una vez señalado el ámbito de control societario de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros es pertinente citar los artículos 318, 319, 320 y 321 de la Ley de Compañías que en su orden disponen:

“Art. 318.- Las compañías nacionales y las sucursales de compañías u otras empresas extranjeras organizadas como personas jurídicas, y las asociaciones que éstas formen cuyos activos excedan del monto que fije por Resolución la Superintendencia de Compañías y Valores monto que no podrá ser inferior a cien millones de sucres, deberán contar con informe anual de auditoría externa sobre sus estados financieros. Tales estados financieros auditados se presentarán obligatoriamente para solicitar créditos a las instituciones que forman parte del sistema financiero ecuatoriano, negociar sus acciones y obligaciones en Bolsa, solicitar los beneficios de las Leyes de Fomento, intervenir en Concursos Públicos de Precios, de Ofertas y de Licitaciones, suscripción de contratos con el Estado y declaración del impuesto a la renta.

Las personas naturales o jurídicas que ejerzan la auditoría, para fines de esta Ley, deberán ser calificadas por la Superintendencia de Compañías y Valores y constar en el Registro correspondiente que llevará la Superintendencia, de conformidad con la Resolución que expida. El Superintendente de Compañías y Valores podrá disponer excepcionalmente que una compañía con activos inferiores a los establecidos en el inciso primero, pero superiores a los cuarenta millones de sucres, someta sus estados financieros a auditoría externa, cuando existan dudas fundadas sobre su realidad financiera, a base de un informe previo de inspección que justifique tal auditoría o a solicitud de los comisarios de la compañía.

Art. 319.- La función de la auditoría externa será la de emitir dictamen sobre los estados financieros de las compañías a que se refiere esta Ley, sin perjuicio de la fiscalización que realicen los comisarios u otros órganos de fiscalización y del control que mantiene la Superintendencia de Compañías y Valores.

Art. 320.- La selección de los auditores externos se realizará del Registro de firmas auditoras calificadas por la Superintendencia. Esta selección la efectuará la Junta General de Accionistas o de Socios de la Compañía, según el caso, o el Apoderado General de Sucursales de Compañías u otras empresas extranjeras organizadas como personas jurídicas.

Art. 321.- La contratación de los auditores externos se efectuará hasta noventa días antes de la fecha de cierre del ejercicio económico, debiendo la compañía informar a la Superintendencia de Compañías y Valores, en el plazo de treinta días contados desde la fecha de contratación, el nombre, la razón social o denominación de la persona natural o jurídica contratada”.

De las normas invocadas se desprende que las compañías nacionales y las sucursales de compañías u otras empresas extranjeras organizadas como personas jurídicas, y las asociaciones que éstas formen, cuyos activos excedan del monto que fije por Resolución la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros están obligadas a contratar auditoría externa en la forma y plazo previsto en esas normas, cuya finalidad es emitir dictamen sobre los estados financieros de las compañías a que se refiere esa Ley, sin perjuicio de la labor que realicen los comisarios u otros órganos de fiscalización y del control que mantiene la Superintendencia.

El artículo 2 del vigente Reglamento sobre Auditoría Externa expedido por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros²⁷², establece los casos en que procede la contratación de Auditoría Externa:

“Art. 2.- Personas jurídicas obligadas a contar con auditoría externa.- Están obligadas a someter sus estados financieros anuales al dictamen de auditoría externa:

a) Las compañías nacionales de economía mixta y anónimas con participación de personas jurídicas de derecho público o de derecho privado con finalidad social o pública, cuyos activos excedan de cien mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 100.000,00).

b) Las sucursales de compañías o empresas extranjeras organizadas como personas jurídicas que se hubieran establecido en Ecuador y las asociaciones que éstas formen entre sí o con compañías nacionales, siempre que los activos excedan los cien mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 100.000,00).

c) Las compañías nacionales anónimas, en comandita por acciones y de responsabilidad limitada, cuyos montos de activos excedan los quinientos mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 500.000,00).

d) Las compañías sujetas al control y vigilancias de la Superintendencia de Compañías,

²⁷² Expedido mediante Resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2016-011 publicado en el Registro Oficial No. 879 de 11 de noviembre de 2016.

Valores y Seguros obligadas a presentar balances consolidados.

e) Las sociedades de interés público definidas en la reglamentación pertinente.

Para efectos de este Reglamento, se considera como activos el monto al que ascienda el activo total constante en el estado de situación financiera, presentado por la sociedad o asociación respectiva a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros en el ejercicio económico anterior”.

De acuerdo con el artículo 211 de la Constitución de la República, la Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos.

Según el sustituido artículo 2 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado²⁷³, las disposiciones de esa Ley rigen para las instituciones del sector público determinadas en los artículos 225 y 315 de la Constitución de la República y las personas jurídicas de derecho privado según su artículo 211. Concordante, el artículo 3 de esa Ley dispone:

“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”.

Entre las competencias de la Contraloría, el numeral 1 del artículo 31 de su Ley Orgánica, le asigna la siguiente:

“1. Practicar auditoría externa, en cualquiera de sus clases o modalidades, por si o mediante la utilización de compañías privadas de auditoría, a todas las instituciones del Estado, corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles, cuyo capital social, patrimonio, fondo o participación tributaria esté integrado, con recursos públicos; a las empresas adscritas a una institución del Estado, o que se hubieren constituido mediante ley, ordenanza o decreto, así como en el ámbito de su competencia, al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) al Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA), y al Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional (ISSPOL)”.

²⁷³ Artículo sustituido por la Ley Reformativa a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 2009.

En otro ámbito, el numeral 1 del artículo 47 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en cuanto al control y auditoría de las empresas públicas, incluye el control externo que corresponde a la Contraloría General del Estado y al efecto, esa norma ²⁷⁴ prevé:

“La Contraloría General del Estado dirigirá el sistema de Control Administrativo en las empresas públicas, que se compone de los Sistemas de Control Externo e Interno establecidos en esta Ley.

La Contraloría General realizará el Control Externo mediante auditoría financiera a través de empresas especializadas en cada industria o sector, calificadas para el efecto. La Contraloría determinará el proceso de selección de las firmas especializadas.

La Auditoría Financiera informará respecto a un período determinado, sobre la razonabilidad de las cifras presentadas en los estados financieros de una empresa pública y el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias aplicables; concluirá con la elaboración de un informe profesional de auditoría, en el que se incluirán las opiniones correspondientes.

La empresa pública contará con una unidad de Auditoría interna de conformidad con la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, encargada de realizar el control previo y concurrente.

La Auditoría externa o interna, no podrá modificar las resoluciones adoptadas por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus atribuciones, facultades o competencias.

En las empresas de economía mixta en las que empresas públicas sean accionistas, la Contraloría General del Estado realizará el control externo mediante auditoría financiera a través de empresas especializadas en cada industria o sector, calificadas para el efecto, a través del proceso dinámico de selección de las firmas especializadas, determinado por la Contraloría General del Estado”.

Sin embargo, de acuerdo con tenor del artículo 14 reformado²⁷⁵ de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, las unidades de auditoría interna están previstas para las instituciones del Estado, lo cual torna inaplicable el sistema de control establecido en el artículo 47 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, para las sociedades mercantiles de propiedad del Instituto a su cargo.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que, de acuerdo con los artículos 318 y siguientes de la Ley de Compañías, las sociedades mercantiles con accionista mayoritario del sector público, cuyos activos excedan del monto que fije por Resolución la

²⁷⁴ Último inciso agregado por Disposición reformativa quinta, numeral 2 de la Ley publicada en el Suplemento del Registro Oficial No.652 de 18 de diciembre de 2015.

²⁷⁵ Artículo reformado por la Ley Reformativa a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, publicada en el Suplemento 1 del Registro Oficial de 11 de agosto de 2009.

Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, están obligadas a contratar auditoría externa; sin perjuicio de la fiscalización que realicen los comisarios u otros órganos de fiscalización y del control que mantiene la Superintendencia.

Lo dicho, sin perjuicio del examen que para fines de control gubernamental efectúe la Contraloría General del Estado en ejercicio de las competencias que le asignan los artículos 211 de la Constitución de la República y 31 numeral 1 de su Ley Orgánica, según el cual le corresponde a ese Organismo realizar el control de las corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles, cuyo capital social, patrimonio, fondo o participación tributaria esté integrado con recursos públicos; para lo cual se encuentra facultada para practicar la auditoría externa por sí misma o mediante la utilización de compañías privadas de auditoría de conformidad con el procedimiento previsto por el Art. 28 de la misma Ley.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, no es facultad de la Procuraduría General del Estado determinar las competencias administrativas de las Instituciones que forman parte del Sector Público

SUSTANCIACIÓN DE LOS RECLAMOS ADMINISTRATIVOS: ACTO ADMINISTRATIVO PREVIO SUJETO A IMPUGNACIÓN EN LA VÍA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Oficio PGE No. 13792 de 30-01-2018

ENTIDAD COSULTANTE: SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑIAS, VALORES Y SEGUROS

CONSULTA:

“¿La extinción prevista en la disposición contenida en el artículo 300 inciso segundo del Código Orgánico General de Procesos impide la sustanciación de los reclamos administrativos amparados en el artículo 42 de la Ley General de Seguros, en los que no existe acto administrativo previo sujeto a impugnación en la vía contencioso administrativa?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador: Art. 82, 173 y 226.

Código Orgánico General de Procesos: Art. 300 inc. segundo.

Código Orgánico Monetario y Financiero: Art. 1 y Disp. General Octava.

Código Civil: Arts. 37 y 39.

Ley General de Seguros: Arts. 1, 42 y 70.

Ley de Modernización del Estado: Art. 38.

Decreto Supremo No. 1147, publicado en el Registro Oficial No. 123 de 7 de diciembre de 1963: Art. 1

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

Anexo al oficio de consulta, se ha remitido el memorando No. SCVS-INPAI-2017-1099-M de 20 de octubre de 2017, suscrito por el Intendente Nacional de Procuraduría y Asesoría Institucional, quien cita como fundamentos jurídicos, los artículos 42 y 70 de la Ley General de Seguros, 300 del Código Orgánico General de Procesos, artículos 37 y 39 del Código Civil y realiza el siguiente análisis:

“Con respecto a la sustanciación de los reclamos administrativos regulados por el artículo 42 de la Ley General de Seguros, Libro III del Código Orgánico Monetario y Financiero, la extinción de la vía administrativa determinada en el segundo inciso del artículo 300 del Código Orgánico General de Procesos, no se contraponen a lo establecido en la Disposición General Octava del Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero, por cuanto en dicha instancia no existe un acto administrativo previo que puede ser susceptible de impugnación en la jurisdicción contencioso administrativa.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 39 del Código Civil, la promulgación del Código Orgánico General de Procesos no reforma o deroga el contenido de la Disposición General Octava del Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero, por lo que en aplicación de esta última norma, corresponde a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros continuar con la sustanciación de los reclamos y recursos en materia de seguros, salvo que el reclamante traslade el objeto o materia del recurso a conocimiento de la justicia ordinaria”.

Con base en la normativa y argumentos previamente indicados, el Intendente Nacional de Procuraduría y Asesoría Institucional de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, concluye con el siguiente criterio jurídico:

“Por las consideraciones legales expuestas, es opinión de esta Intendencia Nacional de Procuraduría y Asesoría Institucional que la disposición contenida en el inciso segundo del artículo 300 del Código Orgánico General de Procesos no es aplicable a los reclamos administrativos interpuestos al amparo del artículo 42 de la Ley General de Seguros, Libro III

del Código Orgánico Monetario y Financiero”.

El artículo 82 de la Constitución de la República²⁷⁶, prescribe que el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

El artículo 173 *Ibídem*, dispone que: “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”.

Además, el artículo 226 de la Constitución de la República establece que el 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.

El artículo 1 de la Ley General de Seguros²⁷⁷, determina que dicho cuerpo legal regula la constitución, organización, actividades, funcionamiento y extinción de las personas jurídicas y las operaciones y actividades de las personas naturales que integran el sistema de seguro privado; las cuales están sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

La Legislación sobre el Contrato de Seguro fue expedida mediante Decreto Supremo No. 1147, publicado en el Registro Oficial No. 123 de 7 de diciembre de 1963, incorporado al Código de Comercio²⁷⁸. Dicho Decreto en su artículo 1 dispone que el seguro es un contrato mediante el cual una de las partes, el asegurador, se obliga, a cambio del pago de una prima, a indemnizar a la otra parte, dentro de los límites convenidos, de una pérdida o daño producido por un acontecimiento incierto; o a pagar un capital o una renta, si ocurre la eventualidad prevista en el contrato.

En el evento de que la compañía de seguros no pague el seguro contratado, el artículo 42²⁷⁹ que integra el Capítulo VIII “Del reclamo administrativo”, Título II “De la Constitución, Organización, Actividades y Funcionamiento”, de la Ley General de Seguros (que fue incorporada como Libro III del Código Orgánico Monetario y Financiero)²⁸⁰, dispone:

“TITULO II

DE LA CONSTITUCIÓN, ORGANIZACIÓN, ACTIVIDADES Y FUNCIONAMIENTO

276 Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

277 Publicada en el Registro Oficial No. 403 de 23 de noviembre de 2006, incorporado como Libro III del Código Orgánico Monetario y Financiero, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 332 de 18 de septiembre de 2014.

278 Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 1202 de 20 de agosto de 1960.

279 Artículo reformado por Ley publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto del 2008, posteriormente por Disposición reformativa primera de Ley publicada en el Suplemento del Registro Oficial No.100 de 14 de octubre de 2013 y finalmente sustituido por Ley publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 332 de 12 de septiembre de 2014.

280 Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 332 de 12 de septiembre de 2014.

Capítulo VIII

Del reclamo administrativo

Art. 42.- Las compañías de seguros y reaseguros tienen la obligación de pagar el seguro contratado o la parte correspondiente a la pérdida debidamente comprobada, según sea el caso, dentro del plazo de treinta (30) días siguientes de presentada la reclamación por parte del asegurado o beneficiario, acompañando los documentos determinados en la póliza.

Las compañías de seguros y reaseguros podrán objetar por escrito y motivadamente, dentro del plazo antes mencionado el pago total o parcial del siniestro, no obstante, si el asegurado o el beneficiario se allanan a las objeciones de la compañía de seguros, ésta pagará inmediatamente la indemnización acordada.

Si el asegurado o beneficiario no se allana a las objeciones podrá presentar un reclamo ante la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, a fin de que esta requiera a la aseguradora que justifique su negativa al pago. Dentro del plazo de 30 días de presentado el reclamo, y completados los documentos que lo respalden, el organismo de control dirimirá administrativamente la controversia, aceptando total o parcialmente el reclamo y ordenando el pago del siniestro en el plazo de 10 días de notificada la resolución, o negándolo. (El énfasis me pertenece)

La resolución podrá ser impugnada en sede administrativa con arreglo al artículo 70 de la presente Ley. (El énfasis me pertenece)

El incumplimiento del pago ordenado será causal de liquidación forzosa de la compañía aseguradora. **La interposición de acciones o recursos judiciales no suspenderá los efectos de la resolución que ordena el pago.** (El énfasis me pertenece)

En sede judicial, el asegurado cuyo reclamo haya sido negado podrá demandar a la aseguradora ante la justicia ordinaria o recurrir a los procedimientos alternativos de solución de controversias estipulados en el contrato de seguro. La aseguradora, por su parte, podrá demandar la revocatoria o anulación de la resolución que le obligó al pago de la indemnización, en jurisdicción contencioso administrativa, solamente cuando haya honrado la obligación de pago. En caso de haberse revocado o anulado la resolución, para obtener la restitución de la indemnización pagada, la aseguradora deberá necesariamente también demandar al asegurado o beneficiario que la haya cobrado, quien intervendrá como parte en el juicio.

La presentación del reclamo que regula el presente artículo suspende la prescripción de la acción que tiene el asegurado o el beneficiario contra la aseguradora, hasta la notificación de la resolución a la aseguradora.

Todos los reclamos de asegurados contra aseguradoras se sujetarán a las normas precedentes. No les es aplicable, en consecuencia, el procedimiento regulado por la Ley

Orgánica de Defensa al Consumidor. (...)

El artículo 42 de la Ley General de Seguros, establece un procedimiento específico para reclamar en sede administrativa el pago de una póliza de seguros, pero la resolución que sobre dicho reclamo emite la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, es impugnante ante ese órgano, en los términos del artículo 70 *Ibidem*, el mismo que regula los recursos administrativos de apelación y revisión y es aplicable a las “resoluciones expedidas por el órgano competente de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros”, en todos los ámbitos incluyendo el de seguros.

Sin perjuicio de lo expuesto, según prevé el inciso quinto del artículo 42 *Ibidem* la resolución emitida por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros ordenando el pago, no se suspende por la presentación de la impugnación administrativa y debe ser cumplida por la compañía de seguros ya que su incumplimiento conlleva su liquidación forzosa.

Por otra parte, el artículo 2 del Libro I, del Código Orgánico Monetario y Financiero²⁸¹ (en adelante COMF), señala el ámbito del indicado cuerpo legal y prescribe que dicho Código establece el marco de políticas, regulaciones, supervisión, control y rendición de cuentas que rige los sistemas monetario y financiero, así como los regímenes de valores y seguros, el ejercicio de sus actividades y la relación con sus usuarios.

La Disposición General Octava del COMF, que se menciona en el informe jurídico de la Superintendencia a su cargo, señala lo siguiente:

“Octava.- Competencia. Cuando el objeto o materia de un reclamo o recurso administrativo se encuentre bajo conocimiento de la justicia ordinaria, los organismos públicos regulados por este Código se abstendrán de seguir conociéndolos en cuanto sean informados de tal circunstancia, y **siempre que sea el reclamante o recurrente quien intervenga como parte actora en el proceso judicial**. Lo preceptuado no es aplicable cuando los hechos materia del reclamo o recurso administrativo sean también objeto de investigación o juzgamiento en el ámbito penal”. (El resaltado me corresponde).

Cabe señalar que con anterioridad a la promulgación del COMF, ya el artículo 38²⁸² de la Ley de Modernización del Estado²⁸³, permitía que para optar por la vía judicial no sea requisito previo agotar la vía administrativa sin perjuicio de que una vez escogida la vía judicial, el reclamo presentado en sede administrativa queda insubsistente, de conformidad con el siguiente texto:

“Art. 38.- Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su

281 Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 332 de 12 de septiembre de 2014.

282 Artículo sustituido por artículo. 1 de Ley Reformativa al artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado y al artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, publicada en Registro Oficial No. 483 de 28 de diciembre de 2001.

283 Publicada en el Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993.

demanda, o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o el Código Tributario, en su caso. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo el reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa”.

Con relación a la vigencia del referido artículo 38, previamente citado, es necesario puntualizar que una vez que el Código Orgánico Administrativo entre en vigencia, luego de transcurridos doce meses contados a partir de su publicación en el Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017, en virtud de su Disposición Derogatoria Segunda, quedará derogada la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada y sus reformas.

Con relación a la elección de la vía administrativa o judicial por parte del administrado, el tratadista argentino Rafael Bielsa²⁸⁴ señala que la elección de una vía deja insubsistente la otra vía, en los siguientes términos:

“Ciertas Leyes nacionales (aduanas, impuestos internos) en materia impositiva han establecido, hace mucho, la doble vía de recursos, o sea, la judicial y la administrativa (del Poder ejecutivo), y respecto de las cuales tiene la elección el administrado o interesado (en el lenguaje vulgar), pero la opción por una de ella implica la renuncia virtual y necesaria a la otra, como lo expresa la máxima jurídica *Electa una vía non datur regresus ad alteram*. Desde luego, se trata de decisiones no penales, porque la jurisdicción criminal es exclusivamente judicial”.

Del tenor de la Disposición Octava del COMF, se desprende que la Ley permite al administrado escoger una vía para hacer valer sus derechos, ya sea la vía administrativa o la vía jurisdiccional y en consecuencia, todos los “organismos públicos” regulados por dicho Código (lo cual incluye a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros), cuando se encuentren tramitando un recurso administrativo, cuyo objeto o materia se encuentre bajo conocimiento de la justicia ordinaria, deben abstenerse de seguir conociéndolo, siempre que sea el reclamante o recurrente quien intervenga como parte actora en el proceso judicial.

Por su parte, la disposición contenida en el artículo 300 del Código Orgánico General de Procesos²⁸⁵ (en adelante COGEP), que de conformidad con lo prescrito en su artículo 1, es el cuerpo normativo que regula la actividad procesal en todas las materias, excepto la constitucional, electoral y penal, con relación a la jurisdicción contencioso administrativa, determina lo siguiente:

“CAPITULO II

PROCEDIMIENTOS CONTENCIOSO TRIBUTARIO Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

284 Derecho Administrativo, Sexta Edición, Tomo V, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1980, Pág. 265.

285 Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015.

SECCIÓN I

DISPOSICIONES COMUNES

Art. 300.- Objeto. Las jurisdicciones contencioso tributaria y contencioso administrativa previstas en la Constitución y en la ley, tienen por objeto tutelar los derechos de toda persona y realizar el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector público sujetos al derecho tributario o al derecho administrativo; así como, conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico tributaria o jurídico administrativa, incluso la desviación de poder.

Cualquier reclamo administrativo **se extinguirá**, en sede administrativa, **con la presentación de la acción contencioso tributaria o contencioso administrativa**. No serán admisibles los reclamos administrativos una vez ejercidas las acciones contencioso tributarias o contencioso administrativas”. (El énfasis me pertenece)

Como se puede apreciar, el segundo inciso del artículo 300 del COGEP, dispone imperativamente que la presentación de la acción contencioso administrativa extingue la vía administrativa, independiente de quién interponga el recurso ante órgano jurisdiccional correspondiente, mientras que en la mencionada Disposición General Octava lo dispone solo cuando el reclamante o recurrente intervenga como parte actora en el proceso judicial.

Debemos entender que el inciso segundo del artículo 300 del COGEP, antes citado, hace referencia a las acciones de impugnación de un acto administrativo, a través de la acción contencioso administrativa, a la vez que determina que la elección de vía mediante la acción contencioso administrativa extingue la posibilidad de interponer un reclamo ante el órgano que lo expidió para lograr su revocatoria o modificación, por lo que la norma contenida en dicho inciso es aplicable únicamente a la impugnación del acto administrativo y no a otras acciones que aunque correspondan a la jurisdicción contencioso administrativa, no tengan por objeto la impugnación del acto administrativo.

Lo dicho, permite colegir que las acciones de impugnación de un acto administrativo en la vía contencioso administrativa, a las que se refiere el inciso segundo del artículo 300 del COGEP, representan tan solo una parte del ámbito que comprende la jurisdicción contencioso administrativa, tal como evidencia el comentario que sobre la jurisdicción contencioso administrativa efectúa el tratadista Enrique Rojas Franco²⁸⁶, quien manifiesta:

“El litigio contencioso-administrativo es la petición que dirige un sujeto de derecho, privado o público a un órgano jurisdiccional con el objeto de anular un acto o disposición administrativa, y si fuere del caso, también obtener reparación de un daño (moral o físico), o que se reestablezca (sic) una situación jurídica, originada en un (sic) acción administrativa legítima o ilegítima”.

De igual forma sobre este tema, Pedro Lamprea Rodríguez²⁸⁷, señala que: “La jurisdicción en lo contencioso administrativa se aplica sobre las controversias nacidas de la actividad de la administración pública, sin distinción del tipo de la conducta pública que la cause, y sin consideración a la persona que actúe, sea esta una entidad pública, una entidad privada (a condición de que cumpla funciones públicas) (...)”.

Adicionalmente, ilustra el tratadista Giovanni F. Priori Posada²⁸⁸, en el siguiente sentido:

“La pretensión en el proceso contencioso-administrativo tiene como base una actuación de la administración sujeta al derecho administrativo. De esta forma, el sujeto demandante acude al órgano jurisdiccional solicitando tutela jurídica frente a la Administración, quien ha realizado una actuación o ha omitido hacerla, siempre que la actuación o el deber de cumplimiento no ejecutado sean sujetos al derecho administrativo, es decir, supongan el ejercicio de la función administrativa.

(...)

La amplia protección que brinda el proceso contencioso-administrativo de plena jurisdicción supone que cualquier acto u omisión, declaración o silencio de la administración sean contralados por el Poder Judicial. Por ello, la Ley establece cuáles son las actuaciones administrativas impugnables, entre las que se encuentran:

- Los actos administrativos y cualquier otra declaración administrativa.
- El silencio administrativo, la inercia y cualquier otra omisión de la Administración Pública
- La actuación material que no se sustenta en acto administrativo”.

En consecuencia, el inciso segundo del artículo 300 del COGEP, no impide la sustanciación del reclamo que efectúe el asegurado por el no pago de una póliza, según el artículo 42 de la Ley General de Seguros, ya que en este procedimiento todavía no existe un acto administrativo a impugnarse, como lo sería una resolución por parte de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, a través de la cual se acepte total o parcialmente el reclamo o lo niegue. La expedición de dicha resolución, que constituye un acto administrativo, posibilita al administrado impugnar la misma, ya sea por la vía administrativa o a través de la acción contencioso administrativa, de conformidad con la Ley, momento en el cual sería aplicable lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 300 del COGEP.

Finalmente, es procedente observar que aun cuando por la presentación de la acción contencioso

287 Práctica Administrativa, Tomo II, Librería Jurídicas Wilches, 1989, Bogotá, Pág. 12.

288 Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, Cuarta Edición, Ara Editores, Lima, 2009, Pág. 121, 122, 123, 129.

administrativa ante la justicia, se extinga la vía administrativa, una vez que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, haya dispuesto el pago de la póliza de seguro, la aplicación del artículo 300 del COGEP no tiene efectos sobre la orden de pago, ya que al tratarse de dos leyes orgánicas, se debe atender al principio de especialidad y en tal sentido, no se suspende la orden de pago, hasta la resolución judicial en firme, puesto que conforme lo prevé el artículo 42 de la Ley General de Seguros, el incumplimiento de ésta conlleva la liquidación forzosa de la compañía de seguros.

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

SUSTANCIACIÓN DE RECLAMOS Y RECURSOS EN MATERIA DE SEGUROS: CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO:

Oficio PGE No. 13795 de 30-01-2018

CONSULTANTE: SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

CONSULTA:

“¿A la reclamación presentada por el asegurado o beneficiario del seguro, con respecto a la negativa de pago de la indemnización derivada del contrato de seguro, es aplicable el procedimiento específico determinado en los artículos 42 y 70 de la Ley General de Seguros, Libro III del Código Orgánico Monetario y Financiero, y el Reglamento expedido por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros para la sustanciación de reclamos y recursos en materia de seguros, o las disposiciones contenidas en el Código Orgánico Administrativo?”.

BASE LEGAL:

Código Orgánico Administrativo: Arts.33, 42, 43, 134, 224, 232 y Disp. Derogatoria Novena.

Código Civil: Art. 12, 37, 38 y 39.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: Art. 3 núm. 1.

Ley General de Seguros: Arts. 42, 69 y 70.

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

El informe del Intendente Nacional de Procuraduría y Asesoría Institucional de la entidad consultante, contenido en memorando No. SCVS-INPAI-2018-0020-M de 9 de enero de 2018, cita los artículos 42 y 70 de la Ley General de Seguros (Libro III del Código Orgánico Monetario y Financiero), que regulan el reclamo que el asegurado o beneficiario de un seguro puede presentar ante la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, a fin de que ésta requiera a la aseguradora que justifique su negativa al pago, así como el procedimiento de impugnación en sede administrativa de las resoluciones expedidas por esa Superintendencia.

Invoca adicionalmente el artículo 69 de la misma Ley, que confiere a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, atribución para expedir las normas necesarias para la aplicación de la Ley General de Seguros; y, la Resolución No. 121-2015-S, publicada en el Registro Oficial No. 594 de 24 de septiembre de 2015, por la que la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera reitera la atribución de la Superintendencia para dictar las normas de procedimiento para atender peticiones y reclamos de su competencia.

Agrega el informe que, mediante Resolución publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 953 de 1 de marzo de 2017, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros expidió el Reglamento de Reclamos y Recursos en Materia de Seguros.

Por otra parte, el informe jurídico cita los artículos 42, 43 y 134 del Código Orgánico Administrativo, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017, que establecen su ámbito de aplicación y regulan el procedimiento administrativo.

Sobre dicha base normativa, el informe jurídico manifiesta y concluye lo siguiente:

“Con la finalidad de proteger los derechos de los usuarios de los servicios del sistema de seguros, en el artículo 42 de la Ley General de Seguros, Libro III del Código Orgánico Monetario y Financiero, se confiere a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros la potestad para dirimir administrativamente la controversia surgida entre la aseguradora y el asegurado o beneficiario del seguro, con respecto a la negativa de pago de la indemnización derivada del contrato de seguro.

(...)

Tanto los artículos 42 y 70 de la Ley General de Seguros, Libro III del Código Orgánico Monetario y Financiero, como el Reglamento de Reclamos y Recursos en Materia de Seguros, establecen el procedimiento para el ejercicio de la facultad de este Organismo de Control de dirimir administrativamente las controversias que surgen de la relación jurídica existente entre el asegurado o beneficiario del seguro y la compañía aseguradora, obligada a pagar la indemnización proveniente del contrato de seguro.

Si bien el ámbito de aplicación del Código Orgánico Administrativo se refiere a la relación

jurídica entre los administrados y las administraciones públicas y la impugnación de los actos administrativos en vía administrativa, se debe tener en cuenta que el mismo cuerpo legal, en el segundo inciso del artículo 134 excluye de la aplicación del procedimiento administrativo a los reclamos administrativos y las controversias planteadas por las personas ante la administración pública, para las cuales se haya previsto un procedimiento específico.

A través de la disposición legal citada en el párrafo anterior, la Asamblea Nacional conserva la facultad de señalar en qué casos es pertinente aplicar procedimientos distintos al Código Orgánico Administrativo, cuando la actividad de la administración pública requiera, por la naturaleza de su función, de normas específicas para la expedición de sus actos.

Al respecto, la Ley General de Seguros, Libro III del Código Orgánico Monetario y Financiero, y el Reglamento expedido por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros prevén un procedimiento específico para la sustanciación de los reclamos administrativos y los recursos de apelación y extraordinario de revisión, interpuestos ante la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, contenido en los artículos 42 y 70 de la referida norma.

(...)

Por las consideraciones legales expuestas, es opinión de esta Intendencia Nacional de Procuraduría y Asesoría Institucional que corresponde a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros sustanciar los reclamos administrativos y recursos en materia de seguros, de conformidad con lo prescrito en los artículos 42 y 70 de la Ley General de Seguros, Libro III del Código Orgánico Monetario y Financiero, y el Reglamento expedido para el efecto por la entidad de control”.

Para atender la consulta, es pertinente considerar los textos de los artículos 42 y 70 de la Ley General de Seguros (en adelante LGS), sobre cuya aplicación trata su consulta, que confieren a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, competencia para sustanciar y resolver en sede administrativa, las controversias que surjan entre asegurados o beneficiarios de seguros y las empresas aseguradoras, que se originen en contratos de seguro y se presenten específicamente por la falta u objeción al pago de la indemnización. El tenor de esas normas es el siguiente:

“Capítulo VIII

Del reclamo administrativo

Art. 42.- Las compañías de seguros y reaseguros tienen la obligación de pagar el seguro contratado o la parte correspondiente a la pérdida debidamente comprobada, según sea el caso, dentro del plazo de treinta (30) días siguientes de presentada la reclamación por parte del asegurado o beneficiario, acompañando los documentos determinados en la póliza.

Las compañías de seguros y reaseguros podrán objetar por escrito y motivadamente, dentro del plazo antes mencionado el pago total o parcial del siniestro, no obstante, si el

asegurado o el beneficiario se allanan a las objeciones de la compañía de seguros, ésta pagará inmediatamente la indemnización acordada.

Si el asegurado o beneficiario no se allana a las objeciones podrá presentar un reclamo ante la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, a fin de que ésta requiera a la aseguradora que justifique su negativa al pago. Dentro del plazo de 30 días de presentado el reclamo, y completados los documentos que lo respalden, el organismo de control dirimirá administrativamente la controversia, aceptando total o parcialmente el reclamo y ordenando el pago del siniestro en el plazo de 10 días de notificada la resolución, o negándolo.

La resolución podrá ser impugnada en sede administrativa con arreglo al artículo 70 de la presente Ley.

El incumplimiento del pago ordenado será causal de liquidación forzosa de la compañía aseguradora. La interposición de acciones o recursos judiciales no suspenderá los efectos de la resolución que ordena el pago.

En sede judicial, el asegurado cuyo reclamo haya sido negado podrá demandar a la aseguradora ante la justicia ordinaria o recurrir a los procedimientos alternativos de solución de controversias estipulados en el contrato de seguro. La aseguradora, por su parte, podrá demandar la revocatoria o anulación de la resolución que le obligó al pago de la indemnización, en jurisdicción contencioso administrativa, solamente cuando haya honrado la obligación de pago. En caso de haberse revocado o anulado la resolución, para obtener la restitución de la indemnización pagada, la aseguradora deberá necesariamente también demandar al asegurado o beneficiario que la haya cobrado, quien intervendrá como parte en el juicio.

La presentación del reclamo que regula el presente artículo suspende la prescripción de la acción que tiene el asegurado o el beneficiario contra la aseguradora, hasta la notificación de la resolución a la aseguradora.

Todos los reclamos de asegurados contra aseguradoras se sujetarán a las normas precedentes. No les es aplicable, en consecuencia, el procedimiento regulado por la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor.

Adicionalmente, tratándose de pólizas de seguros de fiel cumplimiento del contrato y de buen uso del anticipo que se contrate en beneficio de las entidades previstas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las compañías de seguros deben emitirlos cumpliendo la exigencia de que sean incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato, por lo que tienen la obligación de pagar el valor del seguro contratado, dentro del plazo de diez (10) días siguientes al pedido por escrito en que el asegurado o el beneficiario le requieran la ejecución.

Queda prohibido a las compañías aseguradoras en el caso de las mencionadas pólizas giradas en beneficio de las entidades previstas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, exigir al asegurado para el pago de la garantía, documentación adicional o el cumplimiento de trámite administrativo alguno, que no fuere el previsto en dicha ley y en su reglamento. Cualquier cláusula en contrario, se entenderá como no escrita.

El incumplimiento de estas disposiciones dará lugar, asimismo, a la liquidación forzosa de la compañía de seguros”.

“Art. 70.- De las resoluciones expedidas por el órgano competente de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, en el ámbito regulado por la presente Ley, podrá interponerse recurso de apelación ante el Superintendente, en el plazo de diez (10) días contados desde la fecha de notificación de la resolución. La decisión que el Superintendente adopte causará estado, sin perjuicio de las acciones contencioso administrativas, y de lo preceptuado en el artículo 42 esta ley. No procede recurso alguno respecto de lo resuelto por el Superintendente de Compañías, Valores y Seguros, ni en caso de que su pronunciamiento haya sido expedido en primera instancia administrativa.

Extraordinariamente, mediante revisión, el Superintendente de Compañías, Valores y Seguros podrán revocar o reformar cualquier acto administrativo, sea de oficio o con motivo de la presentación del respectivo recurso, dentro del plazo de un año, que se contará a partir de la notificación de dicho acto.

La revisión solo tendrá lugar si el acto administrativo impugnado hubiere sido dictado con evidente error de hecho o de derecho que aparezca de los documentos que figuren en el expediente o de disposiciones legales expresas; o, cuando, con posterioridad, aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al expedirse el acto o resolución que se trate”.

De los textos normativos transcritos se aprecia que, el tercer inciso del artículo 42 de la LGS, asigna a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, competencia para resolver en sede administrativa, los reclamos que, por negativa de pago de la indemnización derivada del contrato de seguro, presenten los asegurados o beneficiarios del seguro en contra de las empresas aseguradoras, con la finalidad de que éstas justifiquen su objeción al pago.

Según el artículo 42 de la LGS, el reclamo debe estar acompañado de los documentos que lo respalden; y, en tal caso, corresponde a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros requerir a la aseguradora que justifique su negativa al pago, luego de lo cual le compete dirimir administrativamente la controversia entre asegurado y aseguradora, aceptando total o parcialmente el reclamo y ordenando el pago del siniestro, o negar el reclamo.

Según el cuarto inciso del artículo 42 de la LGS, la resolución por la que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros acepte total o parcialmente el reclamo del asegurado o beneficiario y ordene el pago del siniestro, puede ser impugnada por la aseguradora en sede administrativa con

arreglo al artículo 70 de la esa Ley.

Concordante, el artículo 70 de la LGS establece los recursos administrativos de apelación y extraordinario de revisión, y los plazos para que las empresas aseguradoras puedan impugnar los actos administrativos por los que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, hubiere resuelto aceptar los reclamos de los asegurados. El tercer inciso del citado artículo 70 de la LGS prevé las razones que podrían motivar el recurso de revisión y el plazo para interponerlo.

Es decir que, el artículo 42 de la LGS , establece un procedimiento específico para reclamar en sede administrativa el pago de una póliza de seguros; la resolución que sobre dicho reclamo emite la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, es impugnabile ante ese órgano, en los términos del artículo 70 *Ibíd*em, que regula los recursos administrativos de apelación y revisión y es aplicable a las “resoluciones expedidas por el órgano competente de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros”, en todos los ámbitos incluyendo el de seguros.

El procedimiento administrativo especial que el artículo 42 de la LGS prevé, está sujeto a conocimiento y resolución de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, organismo que además está autorizado por el artículo 69 de la LGS para dictar las normas necesarias para su aplicación. El citado artículo 69 de la LGS dispone:

“Art. 69.- La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, expedirá mediante resoluciones las normas necesarias para la aplicación de esta Ley, las que se publicarán en el Registro Oficial”.

Mediante Resolución de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 953 de 1 de marzo de 2017, se ha expedido el “Reglamento de Reclamos y Recursos en Materia de Seguros”, que según establece su artículo 1 “(...) norma la sustanciación de los reclamos previstos en el artículo 42 de la Ley General de Seguros, así como la impugnación de actos o resoluciones emitidos por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, en materia de seguros, que produzcan efectos jurídicos individuales en forma directa”.

La Resolución a la que hace referencia el párrafo anterior, establece los casos en los que procede el reclamo administrativo y aquellos a los que no es aplicable; los requisitos que debe reunir el escrito con el que se inicia el reclamo, el trámite para sustanciarlo y resolverlo, los requisitos de los recursos administrativos aplicables y su resolución; es decir que desarrolla los artículos 42 y 70 de la LGS.

Para atender la consulta es pertinente considerar adicionalmente que, el Código Orgánico Administrativo (en adelante COA), publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 20 de junio de 2017, entrará en vigencia luego de transcurridos doce meses, contados a partir de su publicación, de acuerdo con lo previsto por la Disposición Final de ese cuerpo normativo.

El artículo 33 del COA, dispone que: “Las personas tienen derecho a un procedimiento administrativo

ajustado a las previsiones del ordenamiento jurídico”.

Por su parte, los numerales 4 y 5 del artículo 42 del COA incluyen en su ámbito material, el procedimiento administrativo y la impugnación de los actos administrativos en vía administrativa; y, el inciso final de la misma norma prescribe:

“Para la impugnación de actos administrativos, en vía administrativa y, para el procedimiento coactivo, se aplicarán únicamente las normas previstas en este Código”.

Por su parte, el artículo 134, ubicado en el Título I “Normas Generales” del Libro Segundo del COA, que regula “El Procedimiento Administrativo”, dispone lo siguiente:

“Art. 134.- Procedencia. **Las reglas contenidas en este Título se aplican al procedimiento administrativo, a los procedimientos especiales y a los procedimientos para la provisión de bienes y servicios públicos, en lo que no afecte a las normas especiales que rigen su provisión.** No se aplicarán a los procedimientos derivados del control de recursos públicos.

Los reclamos administrativos, las controversias que las personas puedan plantear ante las administraciones públicas y la actividad de la administración pública para la que no se prevea un procedimiento específico, se sustanciarán en procedimiento administrativo.

Los procedimientos para el ejercicio de la potestad sancionadora y la ejecución coactiva son especiales y se regulan en el Libro Tercero de este Código”. (El énfasis me pertenece)

Revisado el texto normativo previamente transcrito se observa que su primer inciso se refiere al procedimiento administrativo y a los procedimientos especiales; y dispone que ambos se sujeten a ese Título que, como se revisó en los antecedentes contiene “Normas Generales” de procedimiento administrativo.

Luego, el segundo inciso del artículo 134 del COA prevé que el procedimiento administrativo reglado por ese cuerpo normativo, es aplicable para los reclamos administrativos y en general para regular la actividad de la administración pública para la que no se prevea un procedimiento específico.

Lo previsto por el artículo 134 del COA en sus incisos primero y segundo, confiere a las normas del Libro II de ese Código, el carácter de normas generales y supletorias en materia de procedimiento administrativo, es decir aplicables para los procedimientos especiales, en lo que no afecte a las normas que los rigen, así como a los casos en que no exista un procedimiento específico que regule la actividad de la administración pública.

Lo dicho en el párrafo que precede se reitera al observar que, según el quinto considerando del

COA, esa ley tiene por finalidad “(...) simplificar los trámites que deben efectuar los ciudadanos ante las administraciones públicas (...)”, y refleja el propósito de uniformizar los procedimientos a cargo de las administraciones públicas.

En materia de recursos en sede administrativa, el artículo 224 del COA establece el término de 10 días para interponer el recurso de apelación; y el artículo 232 del mismo Código, que regula el recurso extraordinario de revisión, establece plazos y términos diferentes para interponerlo, según la causal que lo motive.

Por su parte, el artículo 70 de la LGS citado en los antecedentes, establece el plazo de 10 días para la interposición del recurso de apelación en materia de seguros; y, el plazo de un año para el recurso de revisión.

Sobre la solución de conflictos normativos, el tratadista Carlos Santiago Nino²⁸⁹, señala:

“Los juristas y los jueces utilizan, como dice Alf Ross, varias reglas para resolver los problemas de contradicción normativa.

Ellas están constituidas, sobre todo, por los principios llamados *lex superior*, *lex especiales* y *lex posterior*.

El principio *lex superior* indica que entre dos normas contradictorias de diversa jerarquía debe prevalecer la de nivel superior (por ejemplo, una norma constitucional tiene prioridad sobre una ley).

Lex posterior estipula (sic) que la norma posterior prevalece sobre la promulgada con anterioridad. Este principio también tiene una aplicación muy general – tanto que sin él no sería posible la derogación de las normas de un sistema- (...).

El principio *lex specialis* prescribe que se dé preferencia a la norma específica que está en conflicto con una cuyo campo de preferencia sea más general (...).

Muchos jueces y juristas pretenden que estos principios se aplican mecánicamente, como si las inconsistencias que ellos ayudan a solucionar nunca hubieran existido. Sin embargo, no puede otorgarse a estas reglas el carácter de leyes lógicas, puesto que su aplicación, como vimos, está sujeta a evaluaciones pragmáticas, que dan lugar a excepciones irregulares. Además, si bien hay cierta prelación entre estos principios – por ejemplo *lex superior* tiende a predominar sobre los restantes-, no hay reglas de segundo nivel para resolver mecánicamente los conflictos entre ellos (sobre todo entre *lex posterior* y *lex especiales*)”²⁹⁰.

289 Introducción al Análisis del Derecho, 2ª Edición, Editorial Astrea, 2001, Buenos Aires, Pág. 275.

290 Citado en pronunciamiento de la PGE, contenido en oficio No. 02315 de 13 de agosto de 2015.

La especialidad de las normas es un principio contemplado por el artículo 12 del Código Civil, que dispone:

“Art. 12.- Cuando una ley contenga disposiciones generales y especiales que estén en oposición, prevalecerán las disposiciones especiales”.

También el numeral 1 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional²⁹¹, incluye a la especialidad entre las reglas de solución de antinomias y prevé: “Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial o la posterior”.

Por otra parte, la Disposición Derogatoria Novena del COA contiene una derogatoria genérica de “(...) otras disposiciones generales y especiales que se opongan al presente Código Orgánico Administrativo”, lo que impone considerar las disposiciones que sobre la derogación de las leyes constan en los artículos 37, 38 y 39 del Código Civil, cuyos textos son los siguientes:

“Art. 37.- La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita.

Es expresa cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

Es tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

La derogación de una ley puede ser total o parcial.

Art. 38.- 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.

Art. 39.- La ley especial anterior no se deroga por la general posterior, si no se expresa”.

De acuerdo con las normas citadas, la derogatoria de una ley puede ser expresa o tácita y en este sentido, el artículo 39 del Código Civil prevé que la ley especial no se deroga por la ley general posterior, salvo que ésta contenga una disposición expresa en tal sentido.

De la revisión de las derogatorias que efectúa el COA se aprecia que, ninguna se refiere a la Ley General de Seguros, cuyos artículos 42 y 70 son las normas específicamente aplicables al reclamo en sede administrativa para el pago de una póliza de seguros y los recursos administrativos aplicables a las resoluciones expedidas en su caso.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, la reclamación presentada por el asegurado o beneficiario del seguro ante la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, con respecto a la negativa de pago de la indemnización derivada de un contrato de seguro, se rige por las normas especiales contenidas en los artículos 42 y 70 de la Ley General de Seguros (Libro III del Código Orgánico Monetario y Financiero). En consecuencia, de conformidad con el artículo 134 del Código Orgánico Administrativo, las normas del Libro II del COA que regirán a partir de su vigencia en junio de 2018, por su carácter de normas generales en materia de procedimiento administrativo, serán aplicables en lo que no se contrapongan a las normas especiales.

Por otra parte, con respecto a la Resolución de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 953 de 1 de marzo de 2017, que contiene el Reglamento de Reclamos y Recursos en Materia de Seguros, expedida de conformidad con la atribución que al efecto confiere el artículo 69 de la LGS, se observa que dicha Resolución por su carácter de norma secundaria está subordinada a las de mayor jerarquía que rijan en materia de procedimiento, esto es la LGS y el COA como norma supletoria en los términos del primer inciso del artículo 134 de ese Código.

En consecuencia, el Reglamento expedido por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros para la sustanciación de reclamos y recursos en materia de seguros, por ser una norma secundaria, está jerárquicamente subordinada a las de mayor jerarquía, y por tanto deberá adecuar y actualizar su contenido a la LGS y al COA, con la finalidad de que se cumpla el propósito de simplificar los trámites que deben efectuar los ciudadanos ante las administraciones públicas, de acuerdo con el quinto párrafo de la parte considerativa del COA.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, no es facultad de la Procuraduría General del Estado determinar las competencias administrativas de las Instituciones que forman parte del Sector Público.

TERMINACION UNILATERAL CONTRATO DE COMODATO

Oficio PGE No. 13609 de 10-01-2018

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO DE GOBIERNO DEL REGIMEN ESPECIAL DE GALÁPAGOS.

CONSULTAS:

1. “¿Es obligatoria la aplicación del trámite contemplado en el artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, a la terminación unilateral y anticipada de un contrato de comodato o préstamo de uso y la consiguiente restitución del bien dado en préstamo, en el que una entidad del sector público tiene la calidad de comodante?”.
2. ¿Cuáles son las normas legales y/o reglamentarias que deben observarse para la terminación unilateral y anticipada de un contrato de comodato o préstamo de uso y la consiguiente restitución del bien o cosa prestada, en el que la parte comodante es una entidad del sector público?”.

BASES LEGALES:

Código Civil: Art. 2077, 2079 y 2080.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: Arts. 1, 6 núm. 5 y 95.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva: Art. 75.

Reglamento General para la Administración, Utilización, Manejo y Control de los Bienes e Inventarios del Sector Público: Arts. 1, 78, 88, 89, 162, 163 y 163.

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

Como anexo a su oficio de consulta, se ha remitido el informe jurídico contenido en el memorando No. CGREG-DAJ-2017-0198-MEMO de 8 de diciembre de 2017, suscrito por el Director de Asesoría Jurídica, quien cita los artículos 88 y 89 del Reglamento de Administración, Utilización, Manejo y Control de los Bienes y Existencia del Sector Público, actualmente derogado por el Reglamento General para la Administración, Utilización, Manejo y Control de los Bienes e Inventarios del Sector Público, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 150 de 29 de diciembre de 2017, y los artículos 2077 y 2080 del Código Civil, luego de lo cual señala lo siguiente:

“Sin embargo, el régimen normativo previsto, tanto en la Codificación y Reforma al Reglamento General para la Administración, Utilización, Manejo y Control de los Bienes y Existencias del Sector Público; como en el Código Civil, no contempla un procedimiento o trámite para la terminación anticipada del contrato de comodato o préstamo de uso y la condigna restitución de la cosa sobre la que recae, por lo que es de suponer que ésta procede de manera inmediata, con el solo requerimiento del comodante, tal como se infiere del último inciso del artículo 89 de la precitada Codificación y del último inciso del artículo 2080 del Código Civil”.

Adicionalmente, el Director de Asesoría Jurídica cita los artículos 1, 6 numeral 5 y 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 75 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva; y, concluye con el siguiente criterio jurídico:

“Lo expuesto permite dilucidar de manera prístina que, aunque los contratos de comodato o préstamo de uso y los que tienen por finalidad la adquisición de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, en los que una de las partes es una entidad del sector público, son conceptualmente contratos administrativos, ambos están regulados por regímenes

normativos completamente distintos, habida cuenta del objeto que persiguen, de tal manera que los primeros se sujetan a las disposiciones contenidas en la Codificación y Reforma al Reglamento General para la Administración, Utilización, Manejo y Control de los Bienes y Existencias del Sector Público; y, el Título XXVIII del Libro IV del Código Civil; y, los otros, a los preceptos que conforman la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General de Aplicación y demás legislación conexas.

CONCLUSION:

Por tanto, en mi calidad de Director de Asesoría Jurídica considero, que la terminación unilateral y anticipada de un contrato de comodato o préstamo de uso y la restitución del bien o cosa prestada, **no le es aplicable** el trámite previsto en el artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ni ninguna norma o disposición legal o reglamentaria que regule la contratación pública”. (El énfasis corresponde al texto original).

En virtud de que las consultas por usted formuladas, se refieren a un mismo tema, procederé a atenderlas de manera conjunta.

El inciso primero del artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante LOSNCP)²⁹², señala el ámbito que rige el indicado cuerpo legal, en el siguiente tenor:

“Art. 1.- Objeto y Ámbito.- Esta Ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría (...)”.

En cuanto a las definiciones establecidas en el artículo 6 de la LOSNCP, dicha Ley Orgánica conceptualiza a la contratación pública en los siguientes términos:

“5. Contratación Pública: Se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes. Se incluyen también dentro de la contratación de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción de compra”.

De conformidad con las disposiciones de la LOSNCP, previamente invocadas, se evidencia que la indicada Ley Orgánica norma los procedimientos relacionados con la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría.

Como parte de los procedimientos de contratación pública sujetos a la antedicha Ley Orgánica, el

indicado cuerpo normativo, en lo principal, regula las fases preparatoria, precontractual, presentación y selección de ofertas, adjudicación, ejecución y terminación de los contratos.

Con relación a la terminación unilateral de un contrato regido por las LOSNCP, es pertinente señalar que dicha terminación está sujeta al procedimiento establecido en el artículo 95 de la misma Ley, el cual se menciona en su consulta y que cito a continuación:

“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 institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP. 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. Tampoco se admitirá acciones constitucionales contra las resoluciones de terminación unilateral del contrato, porque se tienen mecanismos de defensas adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales resoluciones, previstos en la Ley.

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, de manera directa, de conformidad con el procedimiento que se establezca en el reglamento de aplicación de esta Ley²⁹³.

Del artículo transcrito, se establece que para que proceda la terminación de un contrato regulado por la LOSNCP, de manera previa la entidad contratante debe notificar al contratista, para que justifique la mora o remedie el incumplimiento en el que se hallare, en el caso que esta última no lo hiciera o no contestara satisfactoriamente, la institución del Estado mediante Resolución debidamente motivada lo declarará contratista incumplido, decisión que dará paso a la ejecución de las garantías que avalaban la correcta ejecución del contrato.

De las normas de la LOSNCP que han quedado citadas, se puede establecer que el comodato o préstamo de uso, que es materia de su consulta no está regido por la indicada Ley Orgánica, toda vez que su ámbito, alcance y regulación se circunscribe a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría y los contratos que de tales asuntos se derivan, y cuyo objeto es distinto al de la figura de comodato, conforme se analizará posteriormente.

De otra parte, el Reglamento General para la Administración, Utilización, Manejo y Control de los Bienes e Inventarios del Sector Público²⁹⁴, define su ámbito de aplicación en su artículo 1 que dispone:

“Art. 1.- Objeto y ámbito de aplicación.- El presente reglamento regula la administración, utilización, manejo y control de los bienes e inventarios de propiedad de las instituciones, entidades y organismos del sector público y empresas públicas, comprendidas en los artículos 225 y 315 de la Constitución de la República del Ecuador, entidades de derecho privado que disponen de recursos públicos en los términos previstos en el artículo 211 de la Constitución de la República del Ecuador y en los artículos 3 y 4 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, y para los bienes de terceros que por cualquier causa se hayan entregado al sector público bajo su custodia, depósito, préstamo de uso u otros semejantes”.

De la cita anterior, se establece que el Consejo que usted representa, está sujeto al Reglamento General para la administración, utilización, manejo y control de los bienes e inventarios del sector público, cuerpo normativo que en su artículo 78 que prevé lo siguiente:

“Art. 78.- Actos que no se transfiere el dominio de los bienes.- Las entidades u organismos regulados en el artículo 1 del presente reglamento, podrán realizar entre sí o estas con entidades del sector privado que realicen labor social u obras de beneficencia y que no tenga fines de lucro, entre otros los siguientes actos en los cuales no se transfiere el dominio de los bienes: comodato, traspaso de bienes y destrucción”.

293 Incisos segundo y último sustituidos por Ley publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 100 de 14 de octubre de 2013.

294 Expedido mediante Acuerdo de la Contraloría General del Estado No. 041-CG-2017 y publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 150 de 29 de diciembre de 2017.

En dicho contexto, los artículos 162 y 163, que integran el Capítulo XI “COMODATO Y TRASPASO DE BIENES, Sección I, denominada Comodato de Bienes Muebles e Inmuebles”, disponen:

“Art. 162.- Comodato entre entidades públicas.- Cuando exista la necesidad de especies, bienes muebles o inmuebles, entre dos entidades u organismos del sector público, podrán celebrar un contrato de comodato o préstamo de uso, sujetándose a las normas especiales propias de esta clase de contrato, dicho comodato se efectuará por un período determinado de tiempo y una vez cumplido este período la entidad comodataria devolverá el bien dado en comodato a la titular.

Por lo tanto, la entidad comodante, seguirá llevando los registros contables del bien en comodato, de acuerdo con lo dispuesto por el ente rector de las finanzas públicas.

Dada su naturaleza, no podrá celebrarse contratos de comodato de inventarios.

Art. 163.- Comodato con entidades privadas.- Se podrá celebrar contrato de comodato de bienes muebles o inmuebles entre entidades y organismos del sector público y personas jurídicas del sector privado que, por delegación realizada de acuerdo con la ley, presten servicios públicos, siempre que dicho contrato se relacione con una mejor prestación de un servicio público, se favorezca el interés social, se establezcan las correspondientes garantías y esté debidamente autorizado por la máxima autoridad o su delegado de la entidad u organismo, de acuerdo con la ley y este reglamento.

Los contratos de comodato con entidades privadas podrán renovarse siempre y cuando se cumplan las condiciones señaladas en el inciso anterior y no se afecte de manera alguna el interés público.

Al fin de cada año, la entidad u organismo comodante evaluará el cumplimiento del contrato, y, de no encontrarlo satisfactorio, pedirá la restitución de la cosa prestada sin perjuicio de ejecutar las garantías otorgadas. La entidad comodante está obligada a incluir estipulaciones expresas que establezcan las condiciones determinadas en el primer inciso del presente artículo”. (El énfasis me pertenece).

De la disposición del artículo 162, citado en líneas anteriores, se desprende que ante la necesidad de especies o bienes, mas no de inventarios, dos entidades u organismos pertenecientes al sector público, pueden celebrar un contrato de comodato, el mismo que deberá establecer un plazo, cumplido el cual la entidad comodataria devolverá el bien y la entidad comodante seguirá manteniendo los registros contables del bien en comodato, de conformidad con las normas emitidas por el ente rector de las finanzas públicas.

Por su parte, el artículo 163 prescribe que la figura legal del comodato de bienes muebles o inmuebles, a favor de personas jurídicas de derecho privado, procede únicamente cuando dichas personas, por delegación realizada de acuerdo con la ley presten servicios públicos, siempre que dicho contrato se relacione con una mejor prestación de un servicio público, se favorezca el interés social y se cumplan las demás condiciones allí establecidas. Añade la norma, que cabe la renovación de estos

contratos, siempre y cuando se cumplan las condiciones anteriormente referidas y no se afecte de manera alguna el interés público. Además, el inciso final del artículo 163 del citado Reglamento, dispone que la entidad comodante “Al fin de cada año” evaluará el cumplimiento del contrato y de no encontrarlo satisfactorio, pedirá la restitución del bien, sin perjuicio de la ejecución de garantías.

Téngase en cuenta además que, el artículo 162 del Reglamento General para la Administración, Utilización, Manejo y Control de los Bienes e Inventarios del Sector Público, prevé que el contrato de comodato se sujetará a “las normas especiales propias de esta clase de contrato”.

El comodato o préstamo de uso es un contrato de índole civil que en nuestra legislación se encuentra normado por el Código Civil²⁹⁵, el mismo que en su artículo 2077 lo define como “(...) un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso”.

Sobre el derecho de uso del bien en comodato, el artículo 2079 del Código Civil dispone que: “El comodante conserva sobre la cosa prestada todos los derechos que antes tenía, pero no su ejercicio, en cuanto fuere incompatible con el uso concedido al comodatario”.

De las normas del Código Civil, citadas en líneas anteriores se desprenden algunas características del comodato, sobre las cuales, también comenta el tratadista argentino Guillermo Borda²⁹⁶:

“CARACTERES DEL CONTRATO.- El comodato tiene los siguientes caracteres:

- a) Es un contrato *real*, que sólo se perfecciona con la entrega de la cosa (...).
- b) Es un contrato *gratuito* (...).
- c) Es un contrato celebrado *intuitae personae*.
- d) Se discute si es *unilateral, bilateral imperfecto o bilateral*. Por nuestra parte adherimos a la última opinión, puesto que ambas partes resultan obligadas: el comodante a permitir el uso de la cosa por el tiempo pactado; el comodatario a cuidarla y devolverla en su momento”.

Respecto del uso del bien prestado y su restitución, el artículo 2080 del Código Civil determina que: “El comodatario no puede emplear la cosa sino en el uso convenido, o a falta de convención, en el uso ordinario de las de su clase” y que “**En el caso de contravención, podrá el comodante exigir la indemnización de todo perjuicio y la restitución inmediata, aunque para la restitución se haya estipulado plazo**”. (El énfasis me pertenece).

Con relación al uso indebido, Guillermo Borda²⁹⁷ manifiesta lo siguiente:

295 Codificación publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 10 de mayo de 2005.

296 Tratado de Derecho Civil, Tomo II Contrato, Quinta Edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1983, Pág. 789.

297 Op. Cit., Pág. 809.

“El comodante puede reclamar la cosa antes del vencimiento del término si el comodatario la usa para un destino distinto de aquel que se estipuló en el contrato (...)”.

Como se puede observar, independientemente del plazo que se haya estipulado en el contrato, el hecho de que el comodatario utilice el bien materia del comodato, de forma distinta a la establecida en el contrato, es causa suficiente para que el comodante solicite la “restitución inmediata”, sin que la Ley haya previsto ningún procedimiento previo ya que al faltar el comodatario a su obligación de uso adecuado del bien, da derecho a la inmediata restitución del mismo, lo cual tiene como consecuencia evidente, la terminación del contrato, quedando a salvo el derecho del comodante a reclamar los perjuicios a que hubiere lugar.

Así, el artículo 2080 del Código Civil contiene la norma general para este tipo de contratos, por la cual el uso indebido del bien materia del contrato, genera el derecho a la restitución del mismo; y, adicionalmente, el inciso final del artículo 163 del Reglamento General para la Administración, Utilización, Manejo y Control de los Bienes y Existencias del Sector Público, anteriormente citado, establece un derecho especial de la entidad pública comodante cuando la comodataria es una entidad de derecho privado, que es la satisfacción de la entidad comodante sobre el cumplimiento del contrato, ya que si ésta encuentra insatisfactoria la ejecución del contrato, igualmente puede solicitar la restitución del bien, aun cuando dicho bien esté siendo destinado a la finalidad establecida en el contrato. Lo dicho tiene como finalidad proteger el patrimonio público tomando en consideración que el comodato sobre bienes públicos, a favor de personas jurídicas particulares, procede por excepción.

Del análisis jurídico precedente se desprende que el comodato no está regulado por la LOSNCP, sino que es un contrato de naturaleza civil, definido y normado por el Código Civil y el Reglamento General para la Administración, Utilización, Manejo y Control de los Bienes e Inventarios del Sector Público, el cual puede celebrarse entre dos entidades u organismos del sector público, sobre bienes o especies de su propiedad, así como con personas jurídicas de derecho privado, que por delegación legalmente efectuada, presten servicios públicos, siempre que dicho contrato se relacione con una mejor prestación de tal servicio y se favorezca el interés social.

Por lo expuesto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 y numeral 5 de la LOSNCP y en atención a los términos de su consulta, se concluye que el trámite contemplado en el artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no es aplicable a la terminación unilateral y anticipada de un contrato de comodato o préstamo de uso y la consiguiente restitución del bien dado en préstamo, en el que una entidad del sector público tiene la calidad de comodante, ya que dicho contrato se rige por los artículos 162 y 163 del Reglamento General para la Administración, Utilización, Manejo y Control de los Bienes e Inventarios del Sector Público, y por los artículos 2077 y siguientes del Título XXVIII del Código Civil.

El presente pronunciamiento, se circunscribe únicamente a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, siendo responsabilidad exclusiva de la entidad consultante, su aplicación a cada caso específico.

Asimismo, corresponde a cada entidad pública en el caso de comodatos suscritos con personas jurídicas del sector privado, al final de cada año, evaluar el cumplimiento del contrato, y de no encontrarlo satisfactorio, pedir la restitución del bien materia del mismo, conforme lo dispuesto en el inciso final del artículo 163 del Reglamento General para la Administración, Utilización, Manejo y Control de los Bienes e Inventarios del Sector Público.

VIÁTICO POR GASTOS DE RESIDENCIA: SERVICIO PÚBLICO

Oficio PGE No. 02094 de 28-12-2018

CONSULTANTE: VICEPRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

CONSULTA:

“(…) si por encontrarse suspendido el pago del viático por gastos de residencia, por razones de austeridad también se encuentra suspendido la entrega de dos (2) pasajes de ida y retorno en el mes por concepto de transporte, considerando que sin embargo de ser rubros complementarios, corresponde a conceptos distintos”.

BASE LEGAL:

Constitución de la República del Ecuador: Arts. 82, 225 numeral 1 y 226.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas: Art.115.

Código Orgánico Administrativo: Art. 45 numeral 1.

Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP): Arts. 3, 51 literal a), 123 y 124.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva: Art. 2 literal a).

Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público: Art. 112 literal b).

Decreto Ejecutivo No. 135 de 1 de septiembre de 2017. Normas de Optimización y Austeridad del Gasto Público: Arts. 1 y 14

Acuerdo No. 168 de 27 de octubre de 2017. Norma Técnica para el pago del viático por Gastos de Residencia y Transporte para las y los Servidores de las Instituciones del Estado: Arts. 1, 2, 4, 5 literal b), 6, 7, Disposición General Primera, Disposición General Cuarta y Disposición General Quinta.

PRONUNCIAMIENTO:

(...)

A fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficio No. 01011 de 10 de octubre de 2018 e insistencia contenida en el oficio No. 01288 de 31 de los mismos mes y año, este organismo solicitó el criterio institucional del Ministerio del Trabajo, lo cual fue atendido por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica de esa cartera de estado con oficio No. MDT-CGAJ-2018-1030-O de 29 de noviembre de 2018, ingresado a la Procuraduría General del Estado el 5 de diciembre del mismo año.

En el criterio jurídico de la entidad consultante contenido en memorando No. VPR-CGAJ-2018-0044-M de 21 de junio de 2018, el entonces Coordinador General de Asesoría Jurídica de la Vicepresidencia de la República, citó como fundamentos jurídicos los artículos 33, 229 y 326 de la Constitución de la República; 3, 4, 50 y 123 de la Ley Orgánica del Servicio Público, 262 y 264 de su reglamento general; 14 y 17 del Decreto Ejecutivo No. 135²⁹⁸; 5, 6 y 7 del Acuerdo Ministerial No. MDT-2017-168 de 27 de octubre de 2017²⁹⁹, con fundamento en los cuales concluyó lo siguiente:

“(...) la Ley Orgánica del Servicio Público, su Reglamento General, las Normas de Optimización y Austeridad del Gasto Público; y, la Norma Técnica para el Pago de Viáticos, Subsistencias, Movilizaciones y Alimentación expedida por el Ministerio del Trabajo, establecen y disponen la entrega de hasta 2 (dos) pasajes aéreos de manera mensual, a los servidores públicos ubicados en la escala del Nivel Jerárquico Superior y que deban trasladarse a su ciudad de residencia habitual, por lo tanto este beneficio pueden ser reconocidos (sic) por esta Cartera de Estado”.

En su criterio institucional, la Coordinadora General de Asesoría Jurídica del Ministerio del Trabajo citó los artículos 226 de la Constitución de la República; 123 y 124 de la Ley Orgánica del Servicio Público, 243, 273, 274 y 275 de su Reglamento General; 14 del Decreto Ejecutivo No. 135 por el cual se emitieron las Normas de Optimización y Austeridad del Gasto Público; 2, 5 y Disposiciones Generales Cuarta y Quinta del Acuerdo Ministerial No. MDT-2017-0168, que contiene la Norma Técnica para el Pago del Viático por Gastos de Residencia y Transporte para las y los Servidores Públicos de las Instituciones del Estado; y el oficio No. MDT-VSP-2018-0016 de 31 de enero de 2018³⁰⁰, con fundamento en los cuales concluyó lo siguiente:

“(...) **la entrega de pasajes por transporte** a las y los servidores públicos en general y aquellos que ocupan puestos establecidos en la Escala de Remuneraciones Mensuales Unificadas del Nivel Jerárquico Superior, que han trasladado su domicilio personal a una ciudad distinta a la de su residencia habitual, al que se refiere la mencionada Norma Técnica, **se encuentran ligados de manera irrestricta al pago de viáticos por residencia**, es decir no es un beneficio reconocido de manera independiente al pago del ‘viático por residencia’, toda vez que este nace del cumplimiento y del procedimiento que permite a las instituciones viabilizar el pago de los viáticos por residencia.

298 Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 76 de 11 de septiembre de 2017.

299 Publicado en el Registro Oficial No. 124 de 21 de noviembre de 2017.

300 Por el cual el Viceministro del Servicio Público del Ministerio del Trabajo emitió los lineamientos sobre el viático por gastos de residencia determinado en el artículo 124 de la LOSEP.

En esta línea de ideas, en la letra f) del Oficio Nro. MDT-VSP-2018-0016 de 31 de enero de 2018, el Viceministro del Servicio Público estableció los lineamientos respecto del viático por gastos de residencia, el cual dispone: *‘Cuando se incorpore servidoras o servidores públicos a partir del 1 de septiembre de 2017, cuyos puestos no sean de aquellos excepcionados por las Disposiciones Generales Cuarta y Quinta del Acuerdo Nro. MDT-2017-0168, y que trasladaron únicamente su domicilio personal de una ciudad de otra provincia que diste por lo menos 100 Km, a otra ciudad en la cual deben prestar sus servicios, no tendrán derecho al pago del viático por gastos de residencia ni a la entrega de hasta dos (2) pasajes de ida y retorno en el mes, para los fines determinados en el inciso primero del artículo 5 de este Acuerdo’.*

De acuerdo a las directrices transcritas se puede evidenciar que las disposiciones emanadas por esta Cartera de Estado, son específicas para el **reconocimiento del viático por residencia y transporte** los cuales **están instrumentalizados de manera conjunta**, es decir que la entrega de los dos (2) pasajes de (sic) van de la mano con el viático por residencia, cuyo reconocimiento no se encuentra normado de manera independiente.

(...) En razón de lo expuesto y en atención a su consulta, el pago por concepto de transporte por efecto de la aplicación de la Norma Técnica para el Pago del Viático por Gastos de Residencia y Transporte para las y los Servidores de las Instituciones del Estado, tiene como propósito que las y los servidores, luego del debido proceso, después de haber concluido la jornada de trabajo ordinaria semanal regresen a su domicilio familiar habitual, de otra ciudad de otra provincia, tal como lo señala el artículo 124 de la Ley Orgánica del Servicio Público, por lo tanto **no es procedente el reconocimiento autónomo del transporte de los servidores que en cumplimiento de sus actividades deben trasladarse a otra ciudad diferente a la de su residencia familiar habitual.**

(...) de acuerdo al principio de legalidad determinado en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, en la actualidad la Norma Técnica para el Pago del Viático por Gastos de Residencia y Transporte para las y los Servidores de las Instituciones del Estado, es la que viabiliza el reconocimiento de tales rubros, la cual ha sido emitida en armonía con las Normas de Optimización y Austeridad del Gasto Público, expedidas por el señor Presidente Constitucional de la República el 1 de septiembre de 2017, que en el caso de que se reconozca de manera autónoma el transporte se desnaturalizará las referidas Políticas de Austeridad por las que se encuentra enfrentando nuestro país”. (Lo resaltado me corresponde)

Para atender su consulta se considera como antecedente que de acuerdo con los artículos 82 y 226 de la Constitución de la República³⁰¹, el derecho a la seguridad jurídica se garantiza a través de la aplicación de normas jurídicas previas, claras y públicas, aplicadas por las autoridades competentes; teniendo en cuenta para el efecto, que los servidores públicos solo pueden ejercer las competencias y facultades atribuidas en el ordenamiento jurídico.

El inciso segundo del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público³⁰², (en adelante LOSEP), dispone que 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 del Trabajo en lo atinente a remuneraciones e ingresos complementarios”.

Concordante, la letra a) del artículo 51 de la LOSEP, asigna al Ministerio del Trabajo el carácter de rector en materia de remuneraciones del sector público y le confiere competencia para “(...) expedir las normas técnicas correspondientes en materia de recursos humanos, conforme lo determinado en esta ley”; y, el artículo 123 de la misma ley dispone que la reglamentación para el reconocimiento y pago de viáticos, movilizaciones y subsistencias será expedida mediante Acuerdo del Ministerio del Trabajo de conformidad con la Ley.

En el mismo sentido, la letra b) del artículo 112 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público³⁰³ prevé que el Ministerio del Trabajo es el organismo rector en lo relativo a la administración del talento humano y remuneraciones e ingresos complementarios de los servidores públicos, siendo responsable de “b.- Determinar las remuneraciones e ingresos complementarios de la administración pública (...)”.

El artículo 124 de la citada LOSEP define al viático por gastos de residencia en los siguientes términos:

“Viático por gastos de residencia.- Las servidoras y servidores que tuvieren su domicilio habitual, fuera de la ciudad en la cual presten sus servicios y por tal motivo deban trasladar su residencia a otra ciudad de otra provincia, salvo los casos que fundamentadamente apruebe el Ministerio del Trabajo, para cubrir los gastos de vivienda, tendrán derecho a un viático que no podrá superar los tres salarios básicos unificados por mes para los trabajadores en general del sector privado, de conformidad con la norma técnica que para el efecto expida este Ministerio”.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 135 de 1 de septiembre de 2017, se expidieron las Normas de Optimización y Austeridad del Gasto Público, cuyo artículo 1 dispone su aplicación para todas las instituciones descritas en el artículo 225 de la Constitución de la República del Ecuador.

De acuerdo con el numeral 1 del artículo 225 de la Constitución, la Función Ejecutiva integra el sector público; y la letra a) del artículo 2 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva³⁰⁴, así como el numeral 1 del artículo 45 del Código Orgánico Administrativo³⁰⁵, incluyen a la Vicepresidencia de la República en la Administración Pública Central, que integra la Función Ejecutiva.

El inciso primero del artículo 14 del Decreto Ejecutivo No. 135, relacionado con el pago del viático por gastos de residencia determina lo siguiente:

302 Publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre del 2010.

303 Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 1 de abril de 2011.

304 Publicado en el Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

305 Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017; en vigencia después de un año contado a partir de su publicación, de acuerdo con su Disposición Final.

“Art. 14.- Racionalización del pago por viático por gastos de residencia.- Todas las instituciones del Estado contempladas en el artículo primero del presente decreto, deberán priorizar la contratación de personal residente en la localidad donde presten sus servicios. En el caso de que se autorice la vinculación de personal no residente, no se reconocerá el pago por viático por gastos de residencia, a excepción de la Función Legislativa, de conformidad con la Ley Interpretativa del Artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público”.

Mediante Acuerdo No. 168 de 27 de octubre de 2017, se expidió la Norma Técnica para el pago del viático por Gastos de Residencia y Transporte para las y los Servidores de las Instituciones del Estado (en adelante Norma Técnica), cuyo artículo 1 prescribe que tiene por objeto establecer la normativa técnica y procedimental que permita a las instituciones del Estado, viabilizar el cálculo y pago del viático por gastos de residencia y transporte para los servidores públicos.

La referida Norma Técnica en el artículo 2 dispone que su aplicación es obligatoria en todas las instituciones del Estado, determinadas en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público; mientras que el artículo 4 define el pago por concepto de transporte, en los siguientes términos:

“Art. 4.- Del pago por concepto de transporte.- Son los gastos en los que incurren las instituciones del Estado por concepto del pago de los pasajes de ida y retorno para la o el servidor que por el cumplimiento de sus actividades deben trasladarse a otra ciudad diferente a la de su residencia habitual, y dista por lo menos de 100 Km.”.

En relación al reconocimiento del pago de transporte a los servidores públicos, los incisos primero, segundo y tercero de la letra b) del artículo 5 de la indicada Norma Técnica, establecen lo siguiente:

“b.- Del pago de transporte a las y los servidores.- **A las y los servidores que ocupan puestos establecidos en la Escala de Remuneraciones Mensuales Unificadas del Nivel Jerárquico Superior, que por el cumplimiento de sus funciones deban trasladar su domicilio personal a una ciudad distinta a la de su residencia habitual, las instituciones en las que se encuentran prestando sus servicios les entregarán hasta dos (2) pasajes de ida y retorno en el mes, a fin de que por cualquier medio de transporte puedan trasladarse a sus domicilios familiares** habituales los fines de semana y feriados establecidos en la ley.

En el caso de que, a la o el servidor que por necesidades institucionales tenga que desplazarse a cumplir tareas oficiales o desempeñar actividades inherentes a su puesto y le corresponda viajar el día viernes o lunes a la ciudad donde se encuentra su domicilio familiar habitual, ese boleto o pasaje de avión deberá ser considerado como uno de los dos (2) pasajes a los que hace referencia el inciso anterior.

Por ningún motivo las y los servidores recibirán en dinero los valores correspondientes para cubrir los gastos de transporte. Los boletos utilizados serán remitidos a la unidad financiera dentro de la semana siguiente a la que se haya utilizado este beneficio”. (Lo resaltado me corresponde).

De la normativa jurídica citada se desprende que el pago por concepto de transporte, según el artículo 124 de la LOSEP y 4 de la Norma Técnica expedida por el Ministerio del Trabajo, procede respecto de los servidores públicos que para el cumplimiento de sus funciones deban trasladar su domicilio personal a una ciudad distinta a la de su residencia habitual, ubicada por lo menos a 100 Km. de distancia; según el tenor del primer inciso de la letra b) del artículo 5 de la indicada Norma Técnica, el pago de hasta dos pasajes de ida y retorno está destinado al traslado del servidor “(...) *a sus domicilios familiares habituales los fines de semana y feriados establecidos en la ley*”.

El inciso primero del artículo 6 de la Norma Técnica dispone que la Unidad de Administración del Talento Humano deberá emitir el informe previo al pago del *“viático por gastos de residencia sobre la base de la declaración juramentada que la o el servidor debe presentar al inicio de su gestión”* en el que debe constar que el servidor tiene su domicilio habitual personal o familiar, fuera de la ciudad en la cual va a prestar sus servicios, y diste por lo menos 100 Km. de la ciudad donde debe trasladar en forma habitual su residencia. El inciso tercero ibídem determina que, el responsable de talento humano o quien haga sus veces en la institución, *“deberá verificar que la o el servidor solicitante del viático por gastos de residencia y transporte, no cuente con una propiedad a su nombre en la ciudad donde presta sus servicios y en la cual solicite el pago del viático por gastos de residencia”*. (Lo resaltado me corresponde)

Del tenor de las normas analizadas se desprende que el pago por transporte que motiva su consulta, se encuentra ligado al viático por gastos de residencia; en otras palabras, habrá lugar al pago de transporte en tanto se reconozca previamente al servidor el viático por gastos de residencia.

El artículo 7 de la referida Norma Técnica señala que, con sustento en el informe de la Unidad de Administración del Talento Humano institucional, sobre el derecho que tienen los servidores de percibir el viático por gastos de residencia y transporte, y previa autorización de la autoridad nominadora, *“la unidad financiera verificará la disponibilidad presupuestaria y, de existir los fondos, realizará el cálculo y fijará los montos para el pago correspondiente de acuerdo a lo previsto en el artículo 5 de esta norma técnica”*.

La Disposición General Primera de la Norma Técnica prevé que los pagos por efectos de su aplicación, se efectuarán con cargo a los recursos presupuestados asignados a las instituciones del Estado, *“(...) para lo cual la entidad pública deberá observar y cumplir lo dispuesto en el artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y 105 de la Ley Orgánica de Servicio Público”*. El artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas³⁰⁶ determina lo siguiente:

“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”.

La Disposición General Cuarta de la Norma Técnica en análisis dispone lo siguiente:

“Cuarta.- De las nuevas contrataciones.- Las contrataciones de las y los servidores que

306 Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, publicado en el Segundo Suplemento de Registro Oficial No. 306 de 22 de octubre del 2010.

realicen las instituciones del Estado a partir del 01 de septiembre de 2017, en ningún caso se les pagará el valor del viático por gastos de residencia establecido en el presente Acuerdo, a pesar de que la o el servidor tenga que trasladar su residencia habitual a otra ciudad en la cual deba prestar sus servicios”.

Finalmente, la Disposición General Quinta de la Norma Técnica citada excepciona de la prohibición del pago del viático por residencia, prevista en su Disposición General Cuarta, entre otros, a los servidores ubicados en los grados 8, 7 y 6 del nivel jerárquico superior y a las máximas autoridades institucionales ubicadas en grados inferiores a los señalados.

Conforme a las disposiciones señaladas, las Unidades de Administración del Talento Humano deben verificar que los servidores del nivel jerárquico superior ubicados en los grados 8, 7 y 6 y las máximas autoridades institucionales que soliciten el pago por gastos de residencia y transporte, no tengan propiedades a su nombre en la ciudad donde presten sus servicios, y que la entidad cuente con la disponibilidad presupuestaria para realizar dicho pago.

La citada Disposición General Quinta de la Norma Técnica es concordante con el pago del viático por residencia y transporte a los servidores públicos contemplados en las letras a) y b) del artículo 5 del mismo Acuerdo.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con el artículo 5 de la Norma Técnica para el Pago del Viático por Gastos de Residencia y Transporte para las y los Servidores de las Instituciones del Estado, el pago por transporte está vinculado al viático por gastos de residencia pues está destinado al traslado del servidor a su domicilio familiar habitual y, en consecuencia, está sujeto al artículo 14 del Decreto Ejecutivo No. 135 que contiene las Normas de Optimización y Austeridad del Gasto Público.

Por tanto, de acuerdo con el artículo 14 del Decreto Ejecutivo No. 135, no procede reconocer el gasto de transporte a los servidores públicos, sino únicamente respecto de aquellos incluidos en la excepción establecida por la Disposición General Quinta del Acuerdo No. 168, aplicable exclusivamente a los servidores ubicados en los grados 8, 7 y 6 del nivel jerárquico superior, así como a las máximas autoridades institucionales, siempre que cumplan los requisitos previstos en dicho acuerdo.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, siendo responsabilidad exclusiva de la entidad consultante verificar en cada caso particular, el cumplimiento de los requisitos para acceder al pago por gastos de transporte previstos en la Norma Técnica antes referida.

VOTO DIRIMENTE: FUNCIÓN DE TRANSPARENCIA Y CONTROL SOCIAL

Oficio PGE No. 13796 de 30-01-2018

ENTIDAD CONSULTANTE: COORDINACIÓN DE LA FUNCIÓN DE TRANSPARENCIA Y CONTROL SOCIAL

CONSULTA:

“¿Según lo establecido por el artículo 9 del Reglamento de Funcionamiento de la Función de Transparencia y Control Social, quien obtuvo a favor el voto dirimente por parte del Presidente de la Función de Transparencia y Control Social será quien ejerza el cargo de presidente del Comité de Coordinación de la Función de Transparencia y Control Social para el periodo 2018?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador: Arts. 206 y 237 núm. 3.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado: Arts. 3 y 13.

Ley Orgánica Transparencia y Control Social, Arts. 5, 6, 8 y 9.

Reglamento de Funcionamiento de la Función de Transparencia y Control Social: Art. 9.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. ST-FTCS-2018-0023 de 16 de enero de 2018, ingresado en la misma fecha, formulo a la Procuraduría General del Estado, las siguientes consultas:

“¿Debe ejercer el cargo de presidente del Comité de Coordinación de la Función de Transparencia y Control Social para el periodo 2018, el ingeniero Christian Ruiz quien conto con el voto dirimente del Presidente?”

De ser negativo su pronunciamiento, ¿Debe el señor Christian Cruz seguir presidiendo el Comité de Coordinación de la Función de Transparencia y Control Social de manera prorrogada?”.

En aplicación de lo previsto por el artículo 237 numeral 3 de la Constitución de la República y los artículos 3 y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, con oficio No. 13674

de 19 de enero de 2018, este Organismo le solicitó reformular los términos de sus consultas, de manera que traten sobre la inteligencia o aplicación de una norma jurídica, lo que ha sido atendido mediante oficio No. ST-FTCS-2018-0025 de 23 de enero de 2018, ingresado en la misma fecha, en el que reformula la consulta con el siguiente tenor:

“¿Según lo establecido por el artículo 9 del Reglamento de Funcionamiento de la Función de Transparencia y Control Social, quien obtuvo a favor el voto dirimente por parte del Presidente de la Función de Transparencia y Control Social será quien ejerza el cargo de presidente del Comité de Coordinación de la Función de Transparencia y Control Social para el periodo 2018?”.

Dentro de los antecedentes de su oficio de consulta, refiere que el Comité de Coordinación de la Función de Transparencia y Control Social se reunió en sesión extraordinaria de 12 de enero de 2018, convocada el día anterior por su Presidente, para tratar entre otros puntos, la designación de nuevo Presidente y Vicepresidente de ese órgano colegiado; y agrega que:

“En el desarrollo del punto elección del presidente de la Función de Transparencia y Control Social, se presentaron dos mociones; la primera obtuvo 4 votos, cantidad insuficiente para poder declarar ganador; y, la segunda moción obtuvo la misma cantidad de votos, es decir 4 votos, al producirse el empate, acorde con lo establecido en el artículo 9 del Reglamento de Funcionamiento de la Función de Transparencia y Control Social, el Presidente de la Función emitió su voto dirimente a favor de la segunda moción. Una vez contabilizada la votación a favor de esta moción, cuatro de los miembros del Comité procedieron a abandonar la sesión, quedando por tanto la sesión con la presencia de cuatro de los ocho miembros asistentes”.

El informe jurídico contenido en oficio ST-FTCS-2018-0022 de 15 de enero de 2018, refiere idénticos antecedentes; y, cita como fundamentos jurídicos de la consulta, los artículos 206 de la Constitución de la República; 5, 6 y 9 de la Ley Orgánica Transparencia y Control Social; y, 9 del Reglamento de Funcionamiento de la Función de Transparencia y Control Social. Sobre dicha base, manifiesta y concluye lo siguiente:

“Es criterio jurídico que, al haber los miembros del Comité de Coordinación, presentes en la sesión, emitido su voto por los candidatos nominados, se cumplió con el punto del orden del día; y como consecuencia de ello se dio un empate en la votación, la cual se resolvía con el voto dirimente de la Presidencia de la Función de Transparencia y Control Social, por cuanto el **voto dirimente** sirve para decidir un asunto cuya votación ha terminado igualada, y a fin de terminar el impasse, el presidente al tener un **voto** adicional o bien un **voto** de mayor valor rompe la situación de empate y resuelve el asunto.

Sin embargo de lo manifestado, al haber concluido la votación, se constató que no se contaba con el quorum inicial, el criterio jurídico sobre este particular, radica en que la votación y elección se dio observando lo previsto en el artículo 9 del Reglamento de Funcionamiento de la Función de Transparencia y Control Social; a pesar de ello y en vista de que la Ley Orgánica de la Función de Transparencia de Control Social no prevé la solución ante hechos como el abandono de la sesión por parte de algunos miembros, antes de que ésta se dé por terminada formalmente por la Presidencia, considero procedente se eleve a consulta del señor Procurador General del Estado,

sobre la inteligencia y aplicación de la Ley, respecto a lo referido anteriormente”.

Para atender su consulta es pertinente considerar que, el primer inciso del artículo 206 de la Constitución de la República prevé lo siguiente: “Los titulares de las entidades de la Función de Transparencia y Control Social conformarán una instancia de coordinación, y elegirán de entre ellos, cada año, a la Presidenta o Presidente de la Función”.

Concordante, el artículo 5 de la Ley Orgánica de la Función de Transparencia y Control Social (en adelante LOFTCS), establece que esa Función se integra por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las Superintendencias legalmente constituidas; y, el artículo 6 de la misma Ley prescribe que el Comité de Coordinación de la Función de Transparencia y Control Social, se integra con los titulares de las entidades que conforman esa Función.

De acuerdo con el segundo inciso del artículo 6 de la LOFTCS, el Comité de Coordinación tendrá una Presidencia, una Vicepresidencia y una Secretaría Técnica.

Con respecto a la designación del Presidente de la Función de Transparencia y Control Social, el artículo 9 de la LOFTCS prevé lo siguiente:

“Art. 9.- La o el Presidente y la o el Vicepresidente de la Función de Transparencia y Control Social. - Dentro de la primera quincena de enero de cada año, los titulares de las entidades de la Función de Transparencia y Control Social elegirán rotativamente entre sus integrantes a su Presidenta o Presidente y a su Vicepresidenta o Vicepresidente, quienes durarán un año en el ejercicio de sus funciones.

La o el Presidente y la o el Vicepresidente de la Función de Transparencia y Control Social harán las veces de Presidenta o Presidente y de Vicepresidenta o Vicepresidente del Comité de Coordinación.

En caso de impedimento o ausencia temporal de la o el Presidente le subrogará la o el Vicepresidente. En caso de ausencia o impedimento de ambos, por la o el integrante que designe el Comité de Coordinación. Si la ausencia de la o del Presidente es definitiva, le subrogará la o el Vicepresidente por el tiempo que falte para completar el periodo, sin perjuicio de que, posteriormente, pueda ser elegido Presidenta o Presidente en el periodo que le corresponda a la institución que representa, en cumplimiento del sistema de rotación”.

De la norma citada se aprecia que, el Presidente de la Función de Transparencia y Control Social debe ser designado de forma rotativa, de entre los titulares de las entidades que integran esa Función, dentro de la primera quincena de enero de cada año, y que está sujeto al periodo fijo de un año.

Sobre el quórum para instalación y toma de decisiones del Comité de Coordinación, el artículo 8 de la LOFTCS dispone lo siguiente:

“Art. 8.- Quórum. - El quórum para la instalación del Comité de Coordinación será de la mitad más uno de sus integrantes. Para tomar decisiones se requiere mayoría simple.

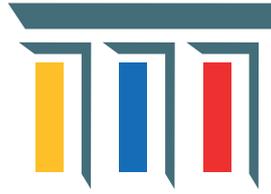
En los casos de empate, el voto de quien presida la sesión será dirimente”.

De la norma legal transcrita se desprende que, para instalarse el Comité de Coordinación de la Función de Transparencia y Control Social, requiere mayoría simple, que según el tenor del artículo 8 de la LOFTCS corresponde a la mitad más uno de los integrantes de ese órgano colegiado; mientras que, para adoptar decisiones requiere mayoría simple, que se verifica respecto de los miembros presentes. La misma norma confiere voto dirimente a quien presida la sesión.

Con relación al voto dirimente, es oportuno considerar que: “(...) la doctrina y el legislador se ha ocupado del problema, estableciendo positivamente que el voto dirimente solo es un voto calificado ‘de mayor valor que el resto’; puesto que al producirse el empate la decisión administrativa se genera, provocando la desigualdad en la votación, en razón de que esta se adopta en el sentido en el cual expresó su voto e presidente. De esta manera se ha corregido el fenómeno y se ha formado efectivamente la resolución pública”³⁰⁷.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de acuerdo con el artículo 8 de la LOFTCS, una vez instalada válidamente una sesión con la presencia de la mitad más uno de sus integrantes, la toma de decisiones está sujeta a mayoría simple que se establece respecto de los miembros presentes; y, en caso de empate el voto dirimente corresponde a quien preside la sesión. En consecuencia, la designación del Presidente de ese órgano colegiado, efectuada por mayoría simple constituida por la mitad más uno de los miembros presentes, incluido el voto dirimente de quien presida la sesión convocada al efecto, surte efectos a partir de su adopción y no requiere aprobación posterior, pues no existe norma legal o reglamentaria que exija tal aprobación.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas; no es competencia de la Procuraduría General del Estado pronunciarse sobre la convocatoria, instalación y quórum de votación necesarios para la válida adopción de decisiones por un órgano colegiado, pues es de exclusiva responsabilidad de la Entidad Consultante la aplicación de las normas a los casos concretos.



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR



BOLETÍN JURÍDICO

ENERO A DICIEMBRE 2018

Vol.17