



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO

J BOLETÍN
URÍDICO
NÚMERO 8

ENERO A JUNIO DE 2012

Dr. Diego García Carrión
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Dr. Rafael Parreño Navas
SUBPROCURADOR GENERAL DEL ESTADO



J BOLETÍN
URÍDICO
NÚMERO 8

ENERO A JUNIO DE 2012

DIRECCIÓN NACIONAL DE ASESORÍA JURÍDICA

ELABORACIÓN, DIFUSIÓN Y DISTRIBUCIÓN

Subdirección de Asesoría Jurídica

REVISIÓN

Unidad de Comunicación Social

FUENTE

Dirección Nacional de Consultoría

Procuraduría General del Estado

Robles 731 y Amazonas

Teléfono: 02 256 - 2080

Quito - Ecuador

Portal web: www.pge.gob.ec

Diseño e impresión

TecnoPrint

023211314 - 022529580 - 0984641748

bolivarharos@hotmail.com

Í N D I C E

PRESENTACIÓN	11
ABREVIATURAS	13
ACCIÓN COACTIVA	
Competencia para ejercerla.....	17
AGUA POTABLE	
Exoneración de tasas	24
AGUA POTABLE	
Fijación de tarifas e improcedencia de exoneración	31
AMBIENTAL	
Fichas y planes de manejo ambiental –competencia para su presentación.....	36
ÁREAS VERDES COMUNALES	
Contribución en fraccionamientos en sector rural –compensación mediante pago.....	45
BANCO DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL, BIESS	
Inversión en el fideicomiso –proyecto hidroeléctrico Angamarca.....	51
BIENES INMUEBLES	
Fraccionamiento de predios rurales y urbanos –competencia para autorización	62
BOMBEROS	
Competencia para aprobación de planos y cobro de tasas a establecimientos industriales	65
BOMBEROS	
Competencia para conformar el Consejo de Administración y Disciplina.....	70

CESANTÍA

Imprudencia de pago de transferencias solidarias mensuales a jubilados.....	76
--	----

**COMISIÓN DE SERVICIOS CON REMUNERACIÓN
PARA ESTUDIOS DE POSGRADO**

Docentes.....	83
---------------	----

COMODATO

Industrias Guapán S.A. a favor de junta parroquial para proyecto turístico.....	90
--	----

COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA

Selección de socios para participar en concurso público –aplicación de sanciones sobre competencia desleal.....	99
--	----

COMPAÑÍAS EXTRANJERAS

Domiciliación y representación legal.....	106
---	-----

COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES

Control y regulación del poder de mercado.....	117
--	-----

CONCEJAL

Nepotismo por afinidad con secretaria del Municipio.....	126
--	-----

CONCEJO CANTONAL

Atribuciones para expedir reglamentos.....	132
--	-----

CONSEJO CANTONAL DE SALUD

Naturaleza administrativa y presupuestaria –pago de dietas.....	135
---	-----

**CONSEJO NACIONAL DE LOS GOBIERNOS
PARROQUIALES RURALES DEL ECUADOR**

Competencia para otorgar personería jurídica.....	144
---	-----

CONSERVATORIOS DE MÚSICA

Competencia de control del SENESCYT.....	152
--	-----

CONTRATO COMPLEMENTARIO

Plazo para ejecución de rubros nuevos.....	159
--	-----

CONTRATOS COMPLEMENTARIOS DE CONSULTORÍA

Imprudencia de suscripción.....	167
---------------------------------	-----

CONTRATOS DE SERVICIOS OCASIONALES

Docentes extranjeros en condición migratoria –transeunte
o visitante temporal 177

CONTRIBUCIÓN DEL CINCO POR MIL A LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO

Cálculo..... 186

CONVENIO DE COFINANCIAMIENTO

Ampliación de plazo 194

CONVENIO DE PAGO

Contrato de arrendamiento..... 202

CORREOS

Resolución de envíos postales rezagados –custodia 213

CUANTÍA EN CONTRATOS

Procedimiento de menor cuantía para
la contratación de obras 220

DEPÓSITOS JUDICIALES

Improcedencia de inversiones temporales 224

DONACIÓN

Traspaso y comodato en instituciones del sector público 230

DONACIÓN DE COMBUSTIBLES Y LUBRICANTES PARA LA MOVILIZACIÓN DE LA COMUNIDAD ESTUDIANTIL

..... 239

DONACIONES

Recursos públicos para difusión
cultural y actividades deportivas..... 246

EMPRESAS PÚBLICAS

Compañías de economía mixta –transferencia
de acciones 250

EMPRESAS PÚBLICAS

Constitución para centrales de generación de energía
eléctrica por parte de gobiernos autónomos 260

ENERGÍA ELÉCTRICA

Competencia para el pago de suministro de lotes de terreno donado	265
--	-----

EXPROPIACIÓN

Transferencia de dominio de bienes inmuebles –derechos notariales.....	275
---	-----

GARANTÍA DE BUEN USO DE ANTICIPO

Terminación unilateral del contrato	282
---	-----

IMPUESTO A LOS VEHÍCULOS

Domicilio para el pago.....	293
-----------------------------	-----

IMPUESTO PREDIAL

Exoneración de pago a instituciones de beneficencia	301
---	-----

IMPUESTO PREDIAL RURAL

Exenciones	305
------------------	-----

IMPUESTOS

Tasa por recolección de desechos sólidos.....	312
---	-----

INHABILIDAD

Impedimentos para contratar a servidor municipal	321
--	-----

JUBILACIÓN

Docente que laboró a medio tiempo o tiempo parcial.....	328
---	-----

JUBILACIÓN

Puestos de libre nombramiento y remoción –docentes universitarios	335
--	-----

JUBILACIÓN COMPLEMENTARIA.....	340
---------------------------------------	------------

**JUBILACIÓN COMPLEMENTARIA DE OTRA
INSTITUCIÓN Y BONO JUBILAR**

Docentes	346
----------------	-----

MILITAR

Imprudencia de pago de remuneración que abandona su reparto	356
--	-----

NEPOTISMO

Miembros del cuerpo colegiado, nombramientos y contratos 361

PATENTE MUNICIPAL Y 1.5 POR MIL

Exoneración de pago a empresas públicas 367

PLURIEMPLEO

Profesores de enseñanza secundaria 380

PUESTOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

Viáticos por gastos de residencia 385

REAJUSTE DE PRECIOS

Cálculo e intereses para devolución del anticipo no devengado 394

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Competencia para recaudación, manejo y destino de aranceles por servicios registrales 408

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Modificación de tabla de aranceles 415

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Régimen laboral del personal 420

RENUNCIA VOLUNTARIA

Cálculo para el pago de indemnizaciones 437

SUBSIDIO DE ANTIGÜEDAD

Improcedencia de pago 447

TERMINACIÓN UNILATERAL DE CONTRATO

Incremento de rubros –celebración de contrato con nuevo contratista 449

TRIPULANTES DE CABINA (AZAFATAS O AUXILIARES)

Pólizas de seguro por pérdida de licencias 454

UNIVERSIDAD

Concurso público de oposición y méritos bajo su propia normativa 461

VACACIONES NO GOZADAS

Liquidación para el pago.....470

VOCAL DE JUNTA PARROQUIAL

Jubilación obligatoria –pago de remuneración.....475

PRESENTACIÓN

Al absolver las consultas, el Procurador se manifiesta por medio de pronunciamientos, piezas jurídicas que constituyen declaraciones, mandamientos o decisiones que en cumplimiento del mandato constitucional emite en su facultad de Asesor del Estado.

Como un aporte a la seguridad jurídica, principio innegable en la Administración Pública, la Procuraduría General del Estado en su diaria labor, absuelve las consultas que sobre la inteligencia y aplicación de la ley y más normativa, le formulan los entes públicos; regularmente se compilan tales pronunciamientos y se entrega a los entes públicos en boletines jurídicos semestrales.

En esta ocasión ponemos en consideración del foro nacional, el Boletín Jurídico No. 8, contentivo de pronunciamientos dictados entre enero y junio de 2012, sobre temas varios, tales como: competencia para ejercer la acción coactiva, imposición y exoneración de tasas, fideicomisos, comisión de servicios, comodato, competencia de control del SENESCYT, contratos, convenios, donaciones, empresas públicas, transferencia de dominio, nepotismo, patentes, pluriempleo, reajuste de precios, renuncia, concurso de méritos y oposición, vacaciones, entre otros.

Nuestro objetivo, contribuir a que se aplique la ley y más normativa en forma certera, con el fin de que el ente público cumpla con su misión de servicio.

Dr. Diego García Carrión
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

ABREVIATURAS

ACERÍAS DEL ECUADOR S.A	_____	ADELCA
ACUERDO	_____	A.
ACUERDO MINISTERIAL	_____	A.M.
AGENCIA DE GARANTÍAS DE DEPÓSITOS	_____	AGD
AGENCIA NACIONAL POSTAL	_____	ANP
ARTÍCULO	_____	Art.
ASOCIACIÓN DE MUNICIPALIDADES ECUATORIANAS	_____	AME
AUTORIDAD AMBIENTAL DE APLICACIÓN RESPONSABLE	_____	AAAr
AUTORIDAD PORTUARIA DE PUERTO BOLÍVAR	_____	APPB
BANCO DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL	_____	BIESS
CENTRO DE DESARROLLO INDUSTRIAL DEL ECUADOR	_____	CENDES
CÓDIGO ORGÁNICO DE ORGANIZACIÓN TERRITORIAL, AUTONOMÍA Y DESCENTRALIZACIÓN	_____	COOTAD
COMUNIDAD ANDINA	_____	CAN
CONSEJO NACIONAL DE ELECTRICIDAD	_____	CONELEC
CONSEJO NACIONAL DE GOBIERNOS PARROQUIALES RURALES DEL ECUADOR	_____	CONAGOPARE
CONSEJO NACIONAL DE VALORES	_____	CNV
CONSEJOS CANTONALES DE SALUD	_____	CCS
CONSTRUCTORA DE LOS ANDES	_____	COANDES
CORPORACIÓN NACIONAL DE ELECTRICIDAD GUAYAS – LOS RÍOS	_____	CNL

DECRETO EJECUTIVO _____ D.E.

DECRETO SUPREMO _____ D.S.

DISPOSICIÓN GENERAL _____ Disp. Gen.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA _____ Disp. Trans.

EMPRESA PÚBLICA DE
EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN
DE HIDROCARBUROS _____ PETROAMAZONAS EP

EMPRESA PÚBLICA DE
PETRÓLEOS DEL ECUADOR _____ EP PETROECUADOR

EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE
MOVILIDAD Y OBRAS PÚBLICAS _____ EPMMOP

EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE
RASTRO QUITO _____ EMRAQ-EP

EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE AGUA POTABLE Y
ALCANTARILLADO DE GUARANDA _____ EMAPA-G

EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE AGUA POTABLE Y
ALCANTARILLADO DE PORTOVIEJO _____ EPMAPAP

EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE ASEO DE CUENCA _____ EMAC-EP

EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE TELECOMUNICACIONES,
AGUA POTABLE, ALCANTARILLADO Y
SANEAMIENTO AMBIENTAL DE CUENCA _____ ETAPA E.P.

ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA DE CHIMBORAZO _____ ESPOCH

ESTATUTO DEL RÉGIMEN
JURÍDICO ADMINISTRATIVO
DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA _____ ERJAFE

FONDO COMPLEMENTARIO
PROVISIONAL CERRADO _____ FONDOPROVIDA

FONDO INTERNACIONAL DE DESARROLLO AGRÍCOLA _____ FIDA
 FUNDACIÓN PARA LA EXTENSIÓN POLITÉCNICA _____ FUNDESPOL
 GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS _____ GADs
 IMPUESTO AL VALOR AGREGADO _____ IVA
 IMPUESTO A LOS CONSUMOS ESPECIALES _____ ICE
 INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL
 DE LA POLICÍA NACIONAL _____ ISSPOL
 INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL _____ IESS
 INSTITUTO NACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS _____ INCOP
 INSTITUTO NACIONAL DE ECONOMÍA POPULAR
 Y SOLIDARIA _____ IEPS
 LEY ORGÁNICA DE EDUCACIÓN SUPERIOR _____ LOES
 LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO _____ LOSEP
 LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE
 CONTRATACIÓN PÚBLICA _____ LOSNCP
 LITERAL _____ lit.
 MINISTERIO DE INCLUSIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL _____ MIES
 MINISTERIO DE INDUSTRIAS Y PRODUCTIVIDAD _____ MIPRO
 MINISTERIO DE RELACIONES LABORALES _____ MRL
 MINISTERIO DE TURISMO _____ MINTUR
 NUMERAL _____ num.
 NÚMERO _____ N°
 OFICIO _____ Of.

ORDENANZA _____ O.

PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO _____ PGE

PRODUCTORA DEL AUSTRO C.A _____ PRODUASTRO
PROGRAMA DE DESARROLLO DEL CORREDOR CENTRAL _____ PDCC

REGISTRO OFICIAL _____ R.O.

REGISTRO OFICIAL SUPLEMENTO _____ R.O.S.

REGISTRO ÚNICO DE PROVEEDORES _____ RUP

REGULACIONES TÉCNICAS DE AVIACIÓN CIVIL _____ RDAC

RESOLUCIÓN _____ Res.

SECRETARÍA NACIONAL DEL AGUA _____ SENAGUA

SECRETARÍA NACIONAL TÉCNICA DE
DESARROLLO DE RECURSOS HUMANOS
Y REMUNERACIONES DEL SECTOR PÚBLICO _____ SENRES

SECRETARÍA NACIONAL DE EDUCACIÓN SUPERIOR,
CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN _____ SENESCYT

SISTEMA INFORMÁTICO INTEGRADO DEL
TALENTO HUMANO _____ SIITH

SISTEMA NACIONAL DE REGISTRO DE
DATOS PÚBLICOS _____ SINARDAP

SOCIEDAD DE LUCHA CONTRA EL CÁNCER _____ SOLCA

UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DEL TALENTO HUMANO _____ UATH

UNIVERSIDAD AGRARIA DEL ECUADOR _____ UAE

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE MACHALA _____ UTMACH

ACCIÓN COACTIVA: COMPETENCIA PARA EJERCERLA

ENTIDAD CONSULTANTE: EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE TELECOMUNICACIONES, AGUA POTABLE, ALCANTARILLADO Y SANEAMIENTO AMBIENTAL DE CUENCA, ETAPA E.P.

CONSULTA:

“¿Quién debería ser el servidor que deberá ejercer la acción coactiva en la Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento Ambiental de Cuenca ETAPA EP; o dicho de otra manera, cuál es la Ley o Código aplicable para el ejercicio de la acción coactiva de la Empresa ETAPA EP, dentro del cantón Cuenca?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 315.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Art. 350.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado Art. 13.

Ley Orgánica de Empresas Públicas Arts. 1, 4, 11 num. 16, 157, 158 y Disp. Gen. Cuarta y Disp. Trans. Primera.

Código Tributario Art. 158.

PRONUNCIAMIENTO:

A fin de atender su requerimiento, esta Procuraduría mediante oficio No. 07180 de 27 de marzo de 2012, con fundamento en el inciso segundo del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y el artículo 4 de la Resolución No. 017 de esta Entidad, le solicitó remitir el criterio jurídico de la empresa de su representación, lo cual fue atendido mediante oficio No. 00001066-GG de 20 de abril de 2012, suscrito por el Gerente General Subrogante, ingresado a esta Procuraduría el 3 de mayo de 2012, al cual se adjunta el criterio jurídico de la entidad consultante.

En su oficio de consulta No. 0000554-GG, cita entre otras normas, la Disposición General Cuarta de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que confiere jurisdicción coactiva a las empresas reguladas por dicha Ley y el artículo 350 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que señala que la acción coactiva de los gobiernos autónomos descentralizados y sus empresas la ejerce el tesorero o el funcionario recaudador del gobierno autónomo descentralizado.

En el Memorando No. 0000287-SJ de 20 de abril de 2012, que contiene el criterio de la empresa consultante, el Subgerente Jurídico cita el artículo 315 de la Constitución de la República, los artículos 1 y 11 numeral 16 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y concluye con el siguiente criterio jurídico:

“A pesar de que las dos normas tienen el mismo carácter de orgánicas y por lo tanto la misma jerarquía, y aún cuando el COOTAD haya sido promulgado con posterioridad a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se considera a esta última la aplicable en razón de la especialidad de la norma que se verifica en el contenido de las normas analizadas, en tratándose de que la Ley Orgánica de Empresas Públicas publicada en el Registro Oficial No. 48 del viernes 16 de octubre de 2009, que tiene por objeto especial y específico la constitución, organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación de las empresas públicas que no pertenezcan al sector financiero, como lo es la Empresa ETAPA EP.

En aplicación a esta normativa y por tratarse de una Empresa Pública, es criterio de esta Subgerencia Jurídica que quién debe ejercer la acción coactiva dentro de la empresa ETAPA EP, deberá ser el Gerente General o su delegado”.

El primer inciso del artículo 315 de la Constitución de la República, dispone 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”.

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

El primer inciso de la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas previó lo siguiente:

“PRIMERA.- EMPRESAS PÚBLICAS O ESTATALES EXISTENTES:

Las empresas públicas o estatales existentes, tales como Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR; Empresa de Ferrocarriles Ecuatoria-

nos (EFE); Correos del Ecuador; las empresas municipales, entre otras, para seguir operando adecuarán su organización y funcionamiento a las normas previstas en esta Ley en un plazo no mayor a ciento ochenta días contados a partir de su expedición, sin que en el proceso de transición se interrumpa o limite su capacidad administrativa y operativa; para cuyo efecto, una vez que la Presidenta o Presidente de la República o la máxima autoridad del gobierno autónomo descentralizado, según sea el caso, emita el decreto ejecutivo, la norma regional u ordenanza de creación de la o las nuevas empresas públicas, aquellas dejarán de existir y transferirán su patrimonio a la o las nuevas empresas públicas que se creen.”.

Mediante Ordenanza discutida y aprobada en primer debate el 23 de diciembre de 2009 y en segundo debate el 13 de enero de 2010, publicada el 14 de enero de 2010 en el portal institucional del I. Municipio de Cuenca, se creó la “Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca ETAPA EP”, la misma que fue reformada posteriormente mediante ordenanza discutida y aprobada en sesiones de 4 y 8 de febrero de 2010, publicada en el mismo portal el 8 de febrero de 2010.

La Disposición General Cuarta de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, confirió a las empresas públicas potestad coactiva, en los siguientes términos:

“CUARTA: JURISDICCION COACTIVA.- Las empresas públicas, para la recaudación de los valores adeudados por sus clientes, usuarios o consumidores, gozan de jurisdicción coactiva, que se la ejercerá de conformidad con la reglamentación interna de la empresa pública y demás normativa conexas.

Todas las empresas públicas suspenderán los pagos a quienes la Contraloría General del Estado haya establecido glosas de responsabilidad civil culpable que se hayan confirmado en sede administrativa, por cualquier causa y respecto de cualquier empresa pública o entidad del Estado, sin perjuicio del posterior ejercicio de la jurisdicción coactiva señalada en esta Ley.

La suspensión de pagos antes referida se efectuará hasta el monto de la glosa y servirá para garantizar su pago y no se cancelará por la presentación del juicio de excepción a la coactiva.”

En concordancia con lo anterior, el numeral 16 del artículo 11 de la misma Ley Orgánica, entre las atribuciones del Gerente General de una empresa pública, prevé:

“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:

...16. Ejercer la jurisdicción coactiva en forma directa o a través de su delegado”.

Con posterioridad a la publicación de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, con fecha 19 de octubre de 2010, se promulgó el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, que en su artículo 350, perteneciente a la Sección Segunda “Procedimiento de Ejecución Coactiva”, dispone:

“Art. 350.- Coactiva.- Para el cobro de los créditos de cualquier naturaleza que existieran a favor de los gobiernos: regional, provincial, distrital y cantonal, éstos y sus empresas, ejercerán la potestad coactiva por medio de los respectivos tesoreros o funcionarios recaudadores de conformidad con las normas de esta sección. La máxima autoridad ejecutiva del gobierno autónomo descentralizado podrá designar recaudadores externos y facultarlos para ejercer la acción coactiva en las secciones territoriales; éstos coordinarán su accionar con el tesorero de la entidad respectiva.”

Como se observa el artículo 350 del COOTAD determina que el tesorero o recaudador de los gobiernos autónomos descentralizados tiene potestad coactiva para recaudar los créditos a favor de los gobiernos regionales municipales y sus empresas.

De la Disposición General Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y artículo 350 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, se establece que dichos cuerpos legales han previsto normas diferentes respecto al ejercicio de la acción coactiva para el cobro de créditos a favor de las empresas públicas de los gobiernos autónomos descentralizados, ya que la Ley Orgánica de Empresas Públicas, determina que la propia empresa ejerce potestad coactiva para recaudar los valores adeudados por sus clientes, usuarios o consumidores, mientras que el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, COOTAD, prevé el ejercicio de la acción coactiva para recaudar los créditos de cualquier naturaleza, a favor de las empresas públicas de los gobiernos autónomos descentralizados, a través del gobierno autónomo respectivo.

La Procuraduría General del Estado, con motivo de la consulta formulada por el Ministro de Energía, respecto de las exenciones de las que son beneficiarias las

empresas públicas, efectuó el siguiente análisis jurídico con relación a las disposiciones de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y el COOTAD, según consta del oficio No. 00987 de 21 de marzo de 2011:

“Guillermo Cabanellas, define el conflicto de leyes como la ‘conurrencia de dos o más normas de Derecho positivo cuya aplicación o cumplimiento simultáneo resulta imposible o incompatible’.

A fin de solucionar el conflicto de leyes, los tratadistas, han establecido tres principios básicos: de jerarquía normativa, de especialidad y de temporalidad.

El tratadista argentino, Carlos Santiago Nino, analiza estos principios y 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*).”

Al tratarse de dos leyes orgánicas, no cabe alegar prevalencia de una de ellas, conforme el principio de jerarquía normativa previsto en el artículo 425 de la Constitución de la República.

En virtud de que la materia sobre la que versa su consulta está regulada por dos leyes de igual rango, para determinar si existe el conflicto que sugiere la consulta, en base al principio de especialidad, en primer término se debe considerar el ámbito establecido en cada uno de los cuerpos legales en conflicto, es decir, entre la Ley Orgánica de Empresas Públicas y el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

La Ley Orgánica de Empresas Públicas, en su artículo 1, dispone lo siguiente:

“Art. 1.- AMBITO.- Las disposiciones de la presente Ley regulan la constitución, organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación de las empresas públicas que no pertenezcan al sector financiero y que actúen en el ámbito internacional, nacional, regional, provincial o local; y, establecen los mecanismos de control económico, administrativo, financiero y de gestión que se ejercerán sobre ellas, de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución de la República”.

Por su parte, el artículo 1 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, determina lo siguiente:

“Art. 1.- Ámbito.- Este Código establece la organización político-administrativa del Estado ecuatoriano en el territorio: el régimen de los diferentes niveles de gobiernos autónomos descentralizados y los regímenes especiales, con el fin de garantizar su autonomía política, administrativa y financiera. Además, desarrolla un modelo de descentralización obligatoria y progresiva a través del sistema nacional de competencias, la institucionalidad responsable de su administración, las fuentes de financiamiento y la definición de políticas y mecanismos para compensar los desequilibrios en el desarrollo territorial”.

De las normas transcritas se infiere que la Ley Orgánica de Empresas Públicas regula exclusivamente aspectos de constitución, organización, tributarios y otros referentes a las empresas públicas en particular; a su vez, el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, regula asuntos de distintos ámbitos. Así por ejemplo, establece, la organización política administrativa del Estado ecuatoriano; los tipos de gobiernos autónomos descentralizados en sus distintos niveles, sus recursos financieros y los mecanismos de transferencias del Presupuesto General del Estado a dichos gobiernos; y también, aspectos de

descentralización y del sistema nacional de competencias. Es decir, este Código Orgánico abarca un contexto mucho más general, ya que su normativa tiene diferentes destinatarios.

El mismo análisis doctrinario antes citado, es aplicable a la consulta que atiendo, ya que como ha quedado evidenciado, la Ley Orgánica de Empresas Públicas es la ley especial para estas entidades de derecho público, aún cuando el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización haya sido expedido con posterioridad, ya que el indicado Código regula un ámbito más general relacionado principalmente con los gobiernos autónomos descentralizados.

Del artículo 1 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se evidencia que el ámbito de dicho cuerpo legal, entre otros asuntos se orienta a regular el funcionamiento de las empresa públicas que no pertenezcan al sector financiero y que actúen en el ámbito internacional, nacional, regional, provincial o local, por lo que dada la especialidad de dicho cuerpo legal, corresponde aplicarlo en primer término a las empresas públicas.

Como quedó señalado, la Disposición General Cuarta de la Ley Orgánica de Empresas Públicas otorgó facultad coactiva a las empresas públicas para la recaudación de los valores adeudados por sus clientes, usuarios o consumidores. Estas obligaciones se derivan de los servicios que presta la empresa pública y por lo tanto constituyen tasas, cuya naturaleza, atenta la norma del artículo 1 del Código Tributario, constituye un tributo.

En este contexto, la Disposición General Cuarta de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, antes citada ha previsto que para la recaudación de los valores adeudados por sus clientes, usuarios o consumidores, las empresas públicas gozan de potestad coactiva, la cual se encuentra regulada en la Sección Segunda del Código Tributario, titulada “De la ejecución coactiva”, que en sus artículos 157 y 158 disponen lo siguiente:

“Art. 157.- Acción coactiva.- Para el cobro de créditos tributarios, comprendiéndose en ellos los intereses, multas y otros recargos accesorios, como costas de ejecución, las administraciones tributarias central y seccional, según los artículos 64 y 65, y, cuando la ley lo establezca expresamente, la administración tributaria de excepción, según el artículo 66, gozarán de la acción coactiva, que se fundamentará en título de crédito emitido legalmente, conforme a los artículos 149 y 150 o en las liquidaciones o determinaciones ejecutoriadas o firmes de obligación tributaria.

Para la ejecución coactiva son hábiles todos los días, excepto los feriados señalados en la ley.

Art. 158.- Competencia.- La acción coactiva se ejercerá privativamente por los respectivos funcionarios recaudadores de las administraciones tributarias, con sujeción a las disposiciones de esta sección, a las reglas generales de este Código y, supletoriamente, a las del Código de Procedimiento Civil.

Las máximas autoridades tributarias podrán designar recaudadores especiales, y facultarlos para ejercer la acción coactiva en las secciones territoriales que estimen necesario.”

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, de conformidad con el análisis jurídico precedente, se concluye que para la jurisdicción coactiva de las empresas públicas, es aplicable la Disposición General Cuarta de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y el artículo 11 numeral 16 ibídem y que el servidor que debe ejercer la acción coactiva en la Empresa Pública Municipal consultante, es el Gerente General de la Empresa, en forma directa o a través de su delegado, de conformidad con la reglamentación interna de la empresa pública y demás normativa conexas, que de conformidad con el artículo 158 del Código Tributario es el indicado Código y supletoriamente el Código de Procedimiento Civil.

OF. PGE. N°: 08259, de 08-06-2012

AGUA POTABLE: EXONERACIÓN DE TASAS

ENTIDAD CONSULTANTE: EMPRESA MUNICIPAL DE AGUA POTABLE Y
ALCANTARILLADO DE GUARANDA

CONSULTA:

“¿Si es procedente el cobro de las tasas correspondiente al consumo de agua potable, por parte de la E-P EMAPA-G, a las cuentas del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Guaranda?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 301 y 315.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización

Arts. 55 lit. e), 57 lit. c), 186, 566 y 567.

Ley Orgánica de Empresas Públicas Art. 4.

Ley Orgánica de Régimen Municipal Art. 391 (derogada).

Ordenanza de Creación de la E-P Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Guaranda Arts. 3 y 8.

PRONUNCIAMIENTO:

En su oficio de consulta respecto de la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Guaranda E-P. EMAPA- G, expresa lo siguiente:

“...d) Al constituirse en empresa, con autonomía legal, administrativa, económica, financiera, la empresa debe auto sustentarse, gobernarse en estos ámbitos, lo que significa que debe generar sus propios ingresos, los mismos que se obtienen a través del pago de las tasas del consumo de agua potable”.

Añade su oficio respecto al cobro de tasas:

“El no cobrar las tasas de consumo de agua potable, a ninguna institución, se hubiera violado el Art. 391 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, que señalaba: La tasa establecida en este capítulo es obligatoria para todas las personas que utilicen el servicio, sean naturales o jurídicas, de derecho público o privado. La misma que está prohibida la exoneración. Disposición legal que estuvo en vigencia hasta el 19 de octubre del 2010, fecha en que se publicó el COOTAD”.

Al oficio de consulta se anexa el informe del Asesor Jurídico de dicha Empresa que consta en el oficio No. 431- AJ- EP- EMAPAG de 30 de noviembre de 2011, quien reiterando los antecedentes señalados por usted, respecto del tema consultado concluye manifestando lo siguiente:

“Por lo tanto todas las personas jurídicas deben cancelar el consumo por concepto de agua potable, en las que se incluye al Municipio de Guaranda, más aún cuando el Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Guaranda, una gran parte de las reservas de Agua de esta empresa son ocupadas por esta institución, el no cobrar significaría que esta entidad no cumpla su objetivo, consignado en el Art. 3 de la Ordenanza de Creación de la E-P EMAPA- G y soslayar las disposiciones legales enunciadas en el numeral segundo del presente informe; porque al ser una persona jurídica con autonomía, administrativa, jurídica, técnica, presupuestaria, entre otras, significa que debe generar sus propios ingresos, los mismos que se obtienen a través del pago de las tasas del consumo del agua potable, venta de especies valoradas, pagos por las acometidas, entre otros; generación de recursos que ha sido su forma de financiamiento desde el nacimiento de la empresa”.

La Procuraduría General del Estado con el oficio No. 05682 de 29 de diciembre de 2011, en forma previa a atender su requerimiento, le solicitó al Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas el criterio de dicha Entidad respecto del asunto consultado, requerimiento que fue atendido con el oficio No. 330- SG- 2012- 025- DAJB- de 10 de enero de 2012 ingresado el 11 de enero del presente año, suscrito por el Secretario General de la AME, quien expresa lo siguiente:

“En términos generales son usuarios en este caso del servicio de agua potable todos quienes ordinariamente utilizan el mismo, sea persona natural o jurídica, pública o privada. El municipio es una persona jurídica de carácter público, por ende es un usuario más en la aplicación estricta de la acepción mencionada”.

Señala el informe del Secretario General de la AME que:

“Sin embargo de lo dicho, es menester considerar que el municipio es el responsable de la prestación del servicio de agua potable, pudiendo hacerlo directamente o a través de una empresa pública municipal creada por el mismo. De hecho que el funcionamiento de la entidad municipal determina el consumo del agua, ya en sus instalaciones de orden administrativo como en otros servicios consecuencia de sus competencias, por ende el cobro del servicio de agua en cualquiera de las formas, significa un incremento considerable para la ciudadanía a la que debe finalmente transferirse el costo”.

Concluye el Secretario General de AME manifestando lo siguiente:

“En tales condiciones consideramos que el Concejo Municipal estaría en capacidad de exonerar el pago de la tasa de agua potable mediante Ordenanza, observando el incremento que determinaría el pago de la misma en otros servicios que presta el municipio y en lo que el agua tendría incidencia”.

Este Organismo, con el oficio No. 05683 de 29 de diciembre de 2011, e insistencia mediante oficio No. 06014 de 18 de enero de 2012 le requirió al Alcalde del Gobierno Municipal de Guaranda el criterio institucional de dicha Municipalidad en relación al tema consultado, lo cual no ha sido atendido hasta la presente fecha.

La consulta formulada por usted está referida a determinar si es procedente o no que la E-P. EMAPA G exonere a la Municipalidad de Guaranda, el pago de las tasas por consumo de agua potable.

La Constitución de la República en el Art. 315 prescribe que el Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas. Agrega que estas empresas 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.

Por su parte, el COOTAD en el Art. 57 letra j) entre las atribuciones del concejo municipal, le faculta 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.

El Art. 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas dispone que las empresas públicas son entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. Agrega que 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.

La Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, prescribe que las empresas públicas o estatales existentes así como las empresas municipales, entre otras, para seguir operando adecuarán su organización y funcionamiento a las normas previstas en esta Ley en un plazo no mayor a ciento ochenta días contados a partir de su expedición, sin que en el proceso de transición se interrumpa o limite su capacidad administrativa y operativa; para cuyo efecto, una vez que la máxima autoridad del gobierno autónomo descentralizado emita la ordenanza de creación de las nuevas empresas públicas, aquellas dejarán de existir y transferirán su patrimonio a las nuevas empresas públicas que se creen.

La Municipalidad de Guaranda, en cumplimiento de la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, anteriormente citada, expidió la Ordenanza de Creación de la E-P. Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Guaranda E-P. EMAPA-G, que sustituye a la Ordenanza Sustitutiva a la Ordenanza de Creación de la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Guaranda, EMAPA-G y su reformatoria, publicada en la Edición Especial No. 69 del Registro Oficial de 3 de septiembre de 2010.

El Art. 3 de la indicada Ordenanza prevé que: “El objetivo de la E- P. EMAPA- G es la prestación de los servicios públicos de agua potable, alcantarillado y saneamiento ambiental para el cantón Guaranda, constituido por la ciudad de Guaranda y las parroquias rurales que lo conforman, basados en los principios de universalidad de los servicios, calidad, eficiencia y eficacia en su gestión”.

El Art. 8 de la Ordenanza citada entre las atribuciones del Directorio de dicha Empresa, en la letra t) le señala: “Aprobar las tarifas para la prestación de servicios, sobre la base de los estudios técnicos que presenten las direcciones respectivas”, en tanto que la letra x) del mismo artículo le atribuye: “Las demás que le asigne la Ley Orgánica de Empresas Públicas, su reglamento, esta ordenanza y la reglamentación interna de la empresa”.

La derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal en el Art. 391 referido en su consulta y en el criterio del Asesor Jurídico de la EP- EMAPA- G, relativo a las tasas y tarifas de agua potable, prohibía la exoneración de dicha tasa, y disponía lo siguiente:

“Art. 391.- La tasa establecida en este capítulo es obligatoria para todas las personas que utilicen el servicio, sean naturales o jurídicas, de derecho público o privado.

Las instituciones de asistencia social y las educacionales gratuitas, pagarán media tarifa por el servicio de agua municipal.

Queda prohibida la exoneración total”.

Actualmente, el inciso primero del Art. 567 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización dispone:

“Art. 567.- Obligación de pago.- El Estado y más entidades del sector público pagarán las tasas que se establezcan por la prestación de los servicios públicos que otorguen las municipalidades, distritos metropolitanos y sus empresas. Para este objeto, harán constar la correspondiente partida en sus respectivos presupuestos”.

De la norma del Art. 567 del COOTAD que antecede se desprende que el Estado y todas las entidades del sector público, incluidos los gobiernos seccionales autónomos descentralizados están obligados a pagar las tarifas por los servicios públicos que otorguen las municipalidades, distritos metropolitanos y sus empresas “que se establezcan”, y en la especie por el servicio de agua potable.

El objeto de la consulta impone referirse a la facultad para la fijación de tasas por concepto de agua potable, tema sobre el que me pronuncié con el oficio No. 01387 de 14 de abril de 2011, en atención a una consulta formulada por el Gerente de la Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Portoviejo, EPMAPAP.

Dentro de este contexto, cabe citar el principio de reserva de ley que en el régimen tributario consagra el Art. 301 de la Constitución de la República, que prescribe que solo 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.

En materia de servicios públicos, la tasa es la contraprestación o retribución a cargo del usuario que paga por el uso del servicio. El Art. 1 del Código Tributario, prevé que son tributos, los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales o de mejoras, por lo que, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, las tasas tienen el carácter tributario.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en el Art. 55 entre las competencias exclusivas de los gobiernos municipales, les faculta en la letra e) “Crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanzas, tasas, tarifas y contribuciones especiales de mejoras”; entre las atribuciones del concejo cantonal contempladas en el Art. 57 del Código en mención, se establece en la letra c) “Crear, modificar, exonerar o extinguir tasas y contribuciones especiales por los servicios que presta y obras que ejecute”.

Con respecto a la facultad tributaria de las municipalidades, el Art. 186 del COOTAD, establece que los gobiernos municipales y distritos metropolitanos autónomos podrán crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanzas tasas, tarifas y contribuciones especiales de mejoras generales o específicas, por el establecimiento o ampliación de servicios públicos que son de su responsabilidad; y que cuando por decisión del gobierno metropolitano o municipal, la prestación de un servicio público exija el cobro de una prestación patrimonial al usuario, cualquiera sea el modelo de gestión o el prestador del servicio público, esta prestación patrimonial será fijada, modificada o suprimida mediante ordenanza.

En cuanto se refiere al objeto y determinación de las tasas, el Art. 566 del COOTAD, dispone:

“Art. 566.- Objeto y determinación de las tasas.- Las municipalidades y distritos metropolitanos podrán aplicar las tasas retributivas de servicios públicos que se

establecen en este Código. Podrán también aplicarse tasas sobre otros servicios públicos municipales o metropolitanos siempre que su monto guarde relación con el costo de producción de dichos servicios. A tal efecto, se entenderá por costo de producción el que resulte de aplicar reglas contables de general aceptación, debiendo desecharse la inclusión de gastos generales de la administración municipal o metropolitana que no tenga relación directa y evidente con la prestación del servicio.

Sin embargo, el monto de las tasas podrá ser inferior al costo, cuando se trate de servicios esenciales destinados a satisfacer necesidades colectivas de gran importancia para la comunidad, cuya utilización no debe limitarse por razones económicas y en la medida y siempre que la diferencia entre el costo y la tasa pueda cubrirse con los ingresos generales de la municipalidad o distrito metropolitano. El monto de las tasas autorizadas por este Código se fijará por ordenanza”.

El COOTAD en forma reiterada prescribe que cualquiera sea el modelo de gestión o el prestador del servicio público, la prestación patrimonial a cargo del usuario será fijada, modificada o suprimida mediante ordenanza, conforme lo previsto en los Arts. 186 y 566 del COOTAD. El citado Art. 566 del COOTAD señala el procedimiento para determinar el monto de la tasa, cuya fijación se hará por ordenanza.

De las normas del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización que anteceden se desprende que a partir de su vigencia, la atribución de fijar las tarifas de agua potable le corresponde a los gobiernos municipales mediante la expedición de ordenanza, fijar, modificar o suprimir las tasas por prestación del servicio público de agua potable.

De lo expuesto, de conformidad con los artículos 55 letra e), 57 letra c) y 186 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, es facultad del gobierno autónomo descentralizado municipal, crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanzas, tasas por los servicios que presta, cualquiera sea el modelo de gestión o el prestador del servicio público de lo que se desprende que, las antedichas normas le permiten al municipio exonerar o extinguir tasas por el servicio de agua potable que presta la Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Guaranda, siendo responsabilidad de la propia municipalidad, el reconocimiento de exoneraciones en base de criterios técnicos y financieros, en ejercicio de sus facultades.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas legales, ya que la Procuraduría General del Estado no puede decidir sobre la situa-

ción particular del Municipio del Cantón Guaranda, que motiva su consulta, ya que tal resolución le corresponde al propio Municipio como autoridad tributaria, en ejercicio de su facultad determinadora definida por el artículo 68 del Código Tributario como el acto o conjunto de actos reglados realizados por la administración activa, tendientes a establecer, en cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo.

OF. PGE. N°: 07305, de 5-04-2012

AGUA POTABLE: FIJACIÓN DE TARIFAS E IMPROCEDENCIA DE EXONERACIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: JUNTA DE RECURSOS HIDRÁULICOS Y OBRAS
BÁSICAS DE JIPIJAPA, PAJÁN Y PUERTO LÓPEZ

CONSULTA:

“Desde el año 2009, la Junta de Recursos Hidráulicos y Obras Básicas de los cantones Jipijapa, Paján y Puerto López, emprendió con la implementación y posterior prueba del sistema integral de dotación de agua potable para la ciudad de Jipijapa, contando para el efecto con el pleno funcionamiento de la Planta Procesadora de Agua, ubicada en el sitio San Manuel de este cantón; durante el período de prueba de los circuitos del referido Sistema Integral, en los medidores instalados en las líneas domiciliarias, se venían produciendo lecturas erradas por consumo de agua potable, en virtud, de que este servicio se venía prestando de forma esporádica y la tubería de distribución urbana se llenaba de aire que al ser comprimido al inyectarse el agua potable, hacía trabajar los medidores en forma exagerada, entregando falsas lecturas por consumo de agua, hecho que se vino observando hasta el mes de mayo del 2011, en que se normalizó y regularizó este servicio. En las condiciones señaladas en antelación y con el conocimiento pleno de que se puede perjudicar a la ciudadanía de Jipijapa, de implementarse el cobro por el consumo histórico de consumo de agua potable, consulto a usted, señor Procurador, si es factible, proceder a la exoneración del pago por el consumo histórico del servicio de agua potable a los usuarios del cantón Jipijapa, y cual es el trámite que debe observarse para tal efecto”.

BASES LEGALES:

Ley Reformatoria a la Ley de Creación del Consejo de Gestión de Aguas de la Cuenca del Paute Disp. Derogatoria Primera y Disp. Trans. Séptima.

Ley de Creación de la Junta de Recursos Hidráulicos y Obras Básicas de los Cantones Jipijapa, Paján y Puerto López Disp. Transitoria Décima Tercera y Derogatoria.

Ley de las Empresas para la Prestación del Servicio Público de Agua Potable y Alcantarillado Derogatoria.

Codificación del Reglamento Interno para el Funcionamiento del Directorio de la Junta de Recursos Hidráulicos y Obras Básicas de Jipijapa, Paján y Puerto López Art. 13 lit. g).

Res. N° 17 Art. 7 (sustituido).

Res. N° 121 de 28 de-07-2010, R. O. N° 264 de 25-08-2010 Art. 2.

PRONUNCIAMIENTO:

La Procuraduría General del Estado, con oficio No. 05915 de 11 de enero de 2012 e insistencia contenida en el oficio No. 06288 de 10 de febrero de 2012, en forma previa a atender su consulta, le solicitó a usted remitir a este Organismo el criterio jurídico debidamente fundamentado del Asesor Jurídico de dicha Junta respecto del objeto de su consulta, puesto que el constante en el oficio No. 471-GMP-DAJ-2011 de 20 de diciembre de 2011, no contenía un análisis jurídico de las normas en él mencionadas.

En virtud de que los requerimientos antes señalados, no fueron atendidos, mediante oficio No. 07112 de 22 de marzo de 2012, con fundamento en el artículo 6 de la Resolución No. 17, sustituido por el Art. 1 de la Resolución NO. 121 de 28 de julio de 2010, publicada en el Registro Oficial No. 264 de 25 de agosto de 2010, la Procuraduría General del Estado se abstuvo de atender su consulta y dispuso el archivo de la misma.

Con oficio No. 0167-VMAS-GG-JRH-ENCGDO-2012 de 29 de marzo de 2012, ingresado a este Organismo el 5 de abril de 2012, remitió el oficio No. 015-GMP-DAJ-2012 de 26 de enero de 2012, suscrito por el Director del Proceso Jurídico de la Entidad que usted representa, por lo que en base del artículo 7 de la Resolución No. 17, sustituido por el Art. 2 de la Resolución No. 121 de 28 de julio de 2010, publicada en el Registro Oficial No. 264 de 25 de agosto de 2010, procede la reactivación del trámite de consulta referido al inicio del presente.

Mediante Decreto Ley de 12 de abril de 1967, publicado en el Registro Oficial No. 115 de 27 de abril de 1967, se creó la Junta de Recursos Hidráulicos, Fomento y Desarrollo de los Cantones Jipijapa y Paján y fue suprimida con el Decreto Supremo No. 375 de 2 de septiembre de 1970, publicado en el Registro Oficial No. 56 del mismo mes y año.

Posteriormente mediante Decreto Legislativo, expedido por la Cámara Nacional de Representantes de 3 de octubre de 1979, publicado en el Registro Oficial No. 48 de 19 de octubre de 1979, se restableció la Junta de Recursos Hidráulicos, Fomento y Desarrollo de los Cantones de Jipijapa y Paján, y el Congreso Nacional el 19 de abril de 1995 expidió la Ley Reformatoria al Decreto Legislativo publicado en el Registro Oficial No. 48 de 19 de octubre de 1979, Ley Reformatoria que fue publicada en el Registro Oficial No. 693 de 11 de mayo de 1995, cambiando su denominación por la de Junta de Recursos Hidráulicos y Obras Básicas de los cantones Jipijapa, Paján y Puerto López.

La Disposición Derogatoria Primera de la Ley Reformatoria a la Ley de Creación del Consejo de Gestión de Aguas de la Cuenca del Paute y Derogatoria de las Leyes de Creación de la Junta de Recursos Hidráulicos y Obras Básicas de los Cantones de Jipijapa, Paján y Puerto López y de las Empresas para la Prestación del Servicio Público de Agua Potable y Alcantarillado derogó el Decreto Legislativo de creación de las Juntas de Recursos Hidráulicos y Obras Básicas de los Cantones Jipijapa y Paján, publicado en el Registro Oficial No. 48 de 19 de octubre de 1979; y, la Ley Especial Reformatoria publicada en el Registro Oficial No. 693 de 11 de mayo de 1995, para la creación de la Junta de Recursos Hidráulicos y Obras Básicas de Puerto López”.

Por su parte, la Disposición Transitoria Décima Tercera de la antes referida Ley prevé lo siguiente:

“DECIMA TERCERA.- La Junta de Recursos Hidráulicos y Obras Básicas de los Cantones Jipijapa, Paján y Puerto López y las empresas actualmente prestadoras de servicios básicos de agua potable y alcantarillado a las que hace referencia la presente ley lo seguirán haciendo hasta que se conformen las empresas o entidades municipales que asuman la prestación de estos servicios.

Los gobiernos municipales, ya sea por sí mismos o en mancomunidad tienen el plazo de un año contado desde la promulgación de esta ley para conformar las empresas públicas municipales que prestarán los servicios de agua potable y alcantarillado en sus territorios”.

La Disposición Transitoria Séptima de la Ley Reformatoria citada, en el inciso tercero prevé lo siguiente:

“Los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales de Jipijapa, Paján y Puerto López, prestarán los servicios de agua potable y alcantarillado en los tér-

minos establecidos en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización”.

Con respecto de la normativa que rige la actividad del la Junta de Recursos Hidráulicos y Obras Básicas de los cantones de Jipijapa, Paján y Puerto López, en cuanto a la prestación de los servicios públicos a su cargo, la Procuraduría General del Estado, mediante oficio No. 06541 de 22 de febrero de 2012, se pronunció en el siguiente tenor:

“Por lo expuesto, la Junta de Recursos Hidráulicos y Obras Básicas de los cantones Jipijapa, Paján y Puerto López desarrollará sus actividades en la prestación de los servicios básicos de Agua Potable y Alcantarillado sanitario y pluvial a dichos cantones hasta que los Municipios de Jipijapa, Paján y Puerto López constituyan las Empresas Públicas Municipales que prestarán estos servicios, observando la Disposición Transitoria Décima Tercera de la “Ley Reformatoria a la Ley de Creación del Consejo de Gestión de Aguas de la Cuenca del Paute y Derogatoria de las Leyes de Creación de la Junta de Recursos Hidráulicos y Obras Básicas de los Cantones Jipijapa, Paján y Puerto López y de las Empresas para la Prestación del Servicio Público de Agua Potable y Alcantarillado”, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 606 de 28 de diciembre de 2011, cuyo texto quedó citado”.

La Disposición Transitoria Décima Tercera de la misma Ley Reformatoria, prevé que la indicada Junta continúe desarrollando su actividad, hasta que se constituyan las empresas públicas municipales que presten dichos servicios, no obstante la Derogatoria Primera de la Ley Reformatoria a la Ley de Creación del Consejo de Gestión de Aguas de la Cuenca del Paute y Derogatoria de las Leyes de Creación de la Junta de Recursos Hidráulicos y Obras Básicas de los Cantones de Jipijapa, Paján y Puerto López y de las Empresas para la Prestación del Servicio Público de Agua Potable y Alcantarillado derogó el Decreto Legislativo de creación de las Juntas de Recursos Hidráulicos y Obras Básicas de los Cantones Jipijapa y Paján, publicado en el Registro Oficial No. 48 de 19 de octubre de 1979 y la Ley Especial Reformatoria publicada en el Registro Oficial No. 693 de 11 de mayo de 1995, para la creación de la Junta de Recursos Hidráulicos y Obras Básicas de Puerto López.

La letra g) el artículo 13 del Título II de la Codificación del Reglamento Interno para el Funcionamiento del Directorio de la Junta de Recursos Hidráulicos y Obras Básicas de Jipijapa, Paján y Puerto López, remitido en copia simple a esta Entidad, no contiene una previsión respecto a la exoneración de tarifas, y con relación a su fijación dispone lo siguiente:

“Art.13.- El Directorio constituye la máxima autoridad de la entidad y es el encargado fundamentalmente de orientar y fijar las políticas de acción y desarrollo de la Junta, siendo sus funciones las siguientes:

...g) Fijar las tarifas de los servicios que preste la Junta”.

Según consta de los considerandos noveno, decimosegundo y décimo tercero de la Resolución de 18 de abril de 2011, en su orden, el Directorio de la Junta de Recursos Hidráulicos y Obras Básicas de Jipijapa, Paján y Puerto López, con fundamento en los estudios técnicos efectuados por CORPCONSUL compañía limitada y el MIDUVI y la norma reglamentaria antes citada, resolvió lo siguiente:

“Art.1.- Aprobar el modelo de pliego tarifario de administración, operación, mantenimiento, depreciación e inversión del servicio de agua potable a través de las redes domiciliarias, en la ciudad de Jipijapa, en los términos propuestos en los estudios realizados por CORPCONSUL compañía limitada, estudios que fueron validados por el MIDUVI regional Manabí, más el costo de los medidores y las acometidas domiciliarias, desde el 1 de junio del 2011, hasta que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Jipijapa, asuma dichas competencias, con activos y pasivos.

Art. 2.- La aplicación del modelo de pliego tarifario aprobado, se sustenta en el Proceso de Gestión Comercial, transversal a la vigente Estructura Orgánica por Procesos, con el esquema recomendado por FUNDESPOL”.

La “Ley Reformatoria a la Ley de Creación del Consejo de Gestión de Aguas de la Cuenca del Paute y Derogatoria de las Leyes de Creación de la Junta de Recursos Hidráulicos y Obras Básicas de los Cantones Jipijapa, Paján y Puerto López y de las Empresas para la Prestación del Servicio Público de Agua Potable y Alcantarillado”, no ha previsto que la Junta de Recursos Hidráulicos y Obras Básicas de los cantones Jipijapa, Paján y Puerto López, pueda exonerar del pago por el consumo del servicio de agua potable a los usuarios de su jurisdicción.

De conformidad con la Disposición Transitoria Décima Tercera de la Ley Reformatoria a la Ley de Creación del Consejo de Gestión de Aguas de la Cuenca del Paute y Derogatoria de las Leyes de Creación de la Junta de Recursos Hidráulicos y Obras Básicas de los Cantones Jipijapa, Paján y Puerto López y de las Empresas para la Prestación del Servicio Público de Agua Potable y Alcantarillado” y de la letra j) del artículo 13 de la Codificación del Reglamento Interno para el Funcionamiento del Directorio de la Junta de Recursos Hidráulicos y Obras Básicas

de los Cantones Jipijapa, Paján y Puerto López, se concluye que no es factible, proceder a la exoneración del pago por el consumo histórico del servicio de agua potable a los usuarios de su jurisdicción, puesto que tales normas prevén como atribución del Directorio de la Junta de Recursos Hidráulicos y Obras Básicas de los Cantones Jipijapa, Paján y Puerto López, fijar las tarifas por consumo de agua en su jurisdicción, mas no la exoneración de tales tarifas.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, siendo responsabilidad de la Junta de Recursos Hidráulicos y Obras Básicas de los Cantones Jipijapa, Paján y Puerto López, la fijación de sus tarifas.

OF. PGE. N°: 08080, de 30-05-2012

AMBIENTAL: FICHAS Y PLANES DE MANEJO AMBIENTAL –COMPETENCIA PARA SU PRESENTACIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN AMBATO

CONSULTA:

“¿Serían exigibles como requisito para la revisión y aprobación de fichas ambientales y sus planes de manejo ambiental de obras municipales categorizadas como clase “A”, presentados por la Dirección de Gestión Ambiental del GAD Municipalidad de Ambato, que éstos sean realizados por consultores acreditados por el Ministerio de Ambiente, en aplicación extensiva del artículo 22 de la Ley de Gestión Ambiental?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 264.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 55 y 136.

Ley de Gestión Ambiental Arts. 22.

Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente Arts. 15 lits. a) y b), 21 y 22.

A. M. N° 178 R.O. N° 323 de 18-11-2010 Arts. 1, 2, 13 y 20.

PRONUNCIAMIENTO:

En el oficio de consulta usted manifiesta lo siguiente:

“...en los últimos meses, cuando el GAD Municipalidad de Ambato ha sometido a revisión de la Dirección Provincial de Ambiente de Tungurahua, fichas ambientales con sus respectivos planes de manejo ambiental para la realización de ciertas obras caracterizadas como “A” por el Ministerio, esta dependencia provincial se ha negado a tal revisión, señalando que de conformidad con una disposición ministerial contenida en el oficio No. MAE- DPPCTCH- 2011- 1359 de 30 de septiembre de 2010 y el Acuerdo Ministerial No. 178 de 8 de octubre de 2010, publicado en el Registro Oficial No. 323 de 18 de noviembre del mismo año, la ficha ambiental y el plan de manejo ambiental deben contar con el respaldo de un consultor ambiental acreditado por el Ministerio de Ambiente”.

Esta Procuraduría con los oficios Nos. 05499 y 05794 de 16 de diciembre de 2011 y 6 de enero de 2012 respectivamente le requirió a usted copias certificadas de la documentación ahí determinada incluyendo el informe jurídico del Procurador Síndico del Gobierno Municipal de Ambato, lo que fue atendido con el oficio No. DA- 12- 009 de 5 de enero de 2012.

El Procurador Síndico Municipal en el informe que consta en el oficio sin fecha No. AJ- 11- 3407- FW expresa lo siguiente:

“El Gobierno Autónomo Municipal tiene a su cargo la responsabilidad de planificar, construir y controlar varias obras de infraestructura, para lo que requiere realizar el estudio correspondiente que comprende varios elementos constitutivos, como el arquitectónico, de ingeniería estructural, civil, ingeniería sanitaria, ambiental y otros; por tanto, al ser la Municipalidad una autoridad autónoma, está a su cargo el desarrollo de dicha obra; así pues por ser este tipo de obras proyectos para los que necesitará estudios de diversa naturaleza, se necesitará también de la participación de varios especialistas”.

Concluye el informe del Procurador Síndico de la Municipalidad de Ambato, manifestando lo siguiente:

“En los casos que nos ocupan, por una equivocada aplicación extensiva del Art. 22 de la Ley de Gestión Ambiental, se estaría interviniendo arbitrariamente en el quehacer municipal, ya que no se solicita licenciamiento ambiental para estas obras por parte del Ministerio del Ambiente, pues no lo necesita, por la misma naturaleza de las obras, y lo que se ha pedido son procesos de fichas ambientales, por tanto no es necesario la contratación de consultores externos, sino eventualmente en la fase de evaluación y en modo alguno en los casos e instancias que analizamos”.

La Procuraduría General del Estado con el oficio No. 05500 de 16 de diciembre de 2011 requirió a la señora Ministra del Ambiente el criterio institucional respecto del caso planteado, lo cual fue contestado con el oficio No. MAE- D – 2012-0002 de 3 de enero de 2012, ingresado el 4 de enero del presente año.

La señora Ministra del Ambiente en el oficio No. 0002 citado, con fundamento en los artículos 22 de la Ley de Gestión Ambiental, 15 letras a) y b) del Libro VI del Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente, y artículo 2 del Acuerdo Ministerial No. 178 publicado en el Registro Oficial No. 323 de 18 de noviembre de 2010, concluye manifestando lo siguiente:

“Con las consideraciones expuestas y de conformidad a la normativa invocada, la ficha ambiental es un instrumento contemplado en el Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente, por lo cual, de conformidad al Acuerdo Ministerial No. 178, éstas deberán ser realizadas por consultores ambientales debidamente calificados por esta Cartera de Estado”.

La Constitución de la República en el Art. 264, en concordancia con el Art. 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, señala las competencias exclusivas del gobierno autónomo descentralizado municipal.

Con respecto al ejercicio de las competencias de los gobiernos autónomos descentralizados en gestión ambiental, el Art. 136 del COOTAD, prescribe lo siguiente:

“Artículo 136.- Ejercicio de las competencias de gestión ambiental.- De acuerdo con lo dispuesto en la Constitución, el ejercicio de la tutela estatal sobre el ambiente y la corresponsabilidad de la ciudadanía en su preservación, se articulará a través de un sistema nacional descentralizado de gestión ambiental, que tendrá a su cargo la defensoría del ambiente y la naturaleza a través de la gestión concurrente y subsidiaria de las competencias de este sector, con sujeción a las políticas, regulaciones técnicas y control de la autoridad ambiental nacional de conformidad con lo dispuesto en la ley.

Corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados provinciales gobernar, dirigir, ordenar, disponer u organizar la gestión ambiental, la defensoría del ambiente y la naturaleza, en el ámbito de su territorio; estas acciones se realizarán en el marco del sistema nacional descentralizado de gestión ambiental y en concordancia con las políticas emitidas por la autoridad ambiental nacional. Para

el otorgamiento de licencias ambientales deberán acreditarse obligatoriamente como autoridad ambiental de aplicación responsable en su circunscripción.

Para otorgar licencias ambientales, los gobiernos autónomos descentralizados municipales podrán calificarse como autoridades ambientales de aplicación responsable en su cantón. En los cantones en los que el gobierno autónomo descentralizado municipal no se haya calificado, esta facultad le corresponderá al gobierno provincial.

Los gobiernos autónomos descentralizados municipales establecerán, en forma progresiva, sistemas de gestión integral de desechos a fin de eliminar los vertidos contaminantes en ríos, lagos, lagunas, quebradas, esteros o mar, aguas residuales provenientes de redes de alcantarillado público o privado, así como eliminar el vertido en redes de alcantarillado.

En el caso de proyectos de carácter estratégico la emisión de la licencia ambiental será responsabilidad de la autoridad nacional ambiental. Cuando un municipio ejecute por administración directa obras que requieran de licencia ambiental, no podrá ejercer como entidad ambiental de control sobre esa obra; el gobierno autónomo descentralizado provincial correspondiente será entonces, la entidad ambiental de control y además realizará auditorías sobre las licencias otorgadas a las obras por contrato por los gobiernos municipales.

Las obras o proyectos que deberán obtener licencia ambiental son aquellas que causen graves impactos al ambiente, que entrañan riesgo ambiental y/o que atentan contra la salud y el bienestar de los seres humanos, de conformidad con la ley...”.

De la norma del Art. 136 del COOTAD que antecede se desprende que corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados provinciales dirigir y organizar la gestión ambiental en el ámbito de su territorio, en concordancia con las políticas emitidas por la autoridad ambiental nacional; que para otorgar licencias ambientales se deberán acreditar obligatoriamente como autoridad ambiental de aplicación responsable en su jurisdicción y que para otorgar licencias ambientales, los gobiernos autónomos descentralizados municipales podrán calificarse como autoridades ambientales, y en los municipios que no se hayan calificado, le corresponde esta facultad al gobierno provincial.

El Art. 136 del COOTAD prevé que en el caso de proyectos de carácter estratégico la emisión de la licencia ambiental será responsabilidad de la autoridad nacional ambiental y en el caso que un municipio ejecute por administración directa obras

que requieran de licencia ambiental, no podrá ejercer como entidad ambiental de control sobre esa obra, correspondiendo al gobierno autónomo descentralizado provincial ser la entidad ambiental de control, y realizar auditorías sobre las licencias otorgadas a las obras por contrato por los gobiernos municipales.

Concluye el Art. 136 del COOTAD que las obras o proyectos que deberán obtener licencia ambiental son las que causen graves impactos al ambiente, riesgo ambiental o que atenten contra la salud y el bienestar de los seres humanos.

Su consulta se halla referida a las obras que ejecuta por cuenta propia el Municipio a su cargo y pretende determinar si son exigibles como requisito para la revisión y aprobación de fichas ambientales y sus planes de manejo ambiental de obras municipales categorizadas como clase "A", presentados por la Dirección de Gestión Ambiental del Municipio de Ambato, que éstos sean realizados por consultores acreditados por el Ministerio del Ambiente, en aplicación del Art. 22 de la Ley de Gestión Ambiental.

La Ley de Gestión Ambiental, en el Art. 8 prescribe que la autoridad ambiental nacional será ejercida por el Ministerio del ramo que actuará como instancia rectora, coordinadora y reguladora del Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental, sin perjuicio de las atribuciones que dentro del ámbito de sus competencias y conforme las leyes que las regulan, ejerzan otras instituciones del Estado. Agrega que el Ministerio del ramo, contará con los organismos técnico-administrativos de apoyo, asesoría y ejecución, necesario para la aplicación de las políticas ambientales, dictadas por el Presidente de la República.

El Art. 20 de la Ley citada dispone que para el inicio de toda actividad que suponga riesgo ambiental se deberá contar con la licencia respectiva otorgada por el Ministerio del ramo.

Por su parte, el Art. 22 de la Ley de Gestión Ambiental prevé lo siguiente:

"Art. 22.- Los sistemas de manejo ambiental en los contratos que requieran estudios de impacto ambiental y en las actividades para las que se hubiere otorgado licencia ambiental, podrán ser evaluados en cualquier momento, a solicitud del Ministerio del ramo o de las personas afectadas.

La evaluación del cumplimiento de los planes de manejo ambiental aprobados se realizará mediante la auditoría ambiental, practicada por consultores previamente calificados por el Ministerio del ramo, a fin de establecer los correctivos que deban hacerse".

Con relación al tema de consulta, el Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente, expedido mediante el Decreto Ejecutivo No. 3516, Libro VI en el Art. 15 dispone lo siguiente:

“Art. 15.- Determinación de la necesidad de una evaluación de impactos ambientales (tamizado).- La institución integrante del Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental en su calidad de autoridad ambiental de aplicación debe disponer de métodos y procedimientos adecuados para determinar la necesidad (o no) de un proceso de evaluación de impactos ambientales en función de las características de una actividad o un proyecto propuesto. Estos métodos pueden consistir en:

- a) Lista taxativa y umbrales que determinen las actividades y/o proyectos sujetos a un proceso de evaluación de impactos ambientales, incluyendo criterios complementarios para la determinación de la necesidad de una evaluación de impactos ambientales; o,
- b) Criterios y método de calificación para determinar en cada caso la necesidad (o no) de un proceso de evaluación de impactos ambientales; entre estos métodos pueden incluirse fichas ambientales y/o estudios preliminares de impacto ambiental...”.

Respecto del proceso de evaluación de impactos ambientales, el Art. 21 del Texto Unificado de Legislación Secundaria citado prescribe que antes de iniciar el proceso de evaluación de impactos ambientales, previo a la elaboración de la ficha ambiental o el borrador de los términos de referencia, según el caso, y en función de la descripción de la actividad o proyecto propuesto, el promotor identificará el marco legal e institucional en el que se inscribe su actividad o proyecto propuesto.

Por su parte, el Art. 22 del indicado Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio de Ambiente, Parte I, que trata sobre el inicio y determinación de la necesidad de un proceso de evaluación de impactos ambientales, prevé lo siguiente:

“Art. 22.- Inicio y determinación de la necesidad de un proceso de evaluación de impactos ambientales.- Antes de iniciar su realización o ejecución, todas las actividades o proyectos propuestos de carácter nacional, regional o local, o sus modificaciones, que conforme al artículo 15 lo ameriten, deberán someterse al proceso de evaluación de impacto ambiental, de acuerdo a las demás normas pertinentes y a la Disposición Final Tercera de este Título así como los respectivos sub - sistemas de evaluación de impactos ambientales sectoriales y seccionales

acreditados ante el SUMA. Para iniciar la determinación de la necesidad (o no) de una evaluación de impactos ambientales (tamizado), el promotor presentará a la autoridad ambiental de aplicación responsable (AAAr).

a) La ficha ambiental de su actividad o proyecto propuesto, en la cual justifica que dicha actividad o proyecto no es sujeto de evaluación de impactos ambientales de conformidad con el artículo 15 de este Título y la Disposición Final Quinta; o,

b) el borrador de los términos de referencia propuestos para la realización del correspondiente estudio de impacto ambiental luego de haber determinado la necesidad de una evaluación de impactos ambientales de conformidad con el artículo 15 de este Título.

En el caso de que el promotor tenga dudas sobre la necesidad de una evaluación de impactos ambientales de su actividad o proyecto propuesto o sobre la autoridad ambiental de aplicación responsable, deberá realizar las consultas pertinentes de conformidad con lo establecido en el artículo 11 de este Título.

La ficha ambiental será revisada por la AAAr. En el caso de aprobarla, se registrará la ficha ambiental y el promotor quedará facultado para el inicio de su actividad o proyecto, sin necesidad de evaluación de impactos ambientales pero sujeto al cumplimiento de la normativa ambiental vigente. Si la AAAr observa o rechaza la ficha ambiental por considerar que la actividad o proyecto propuesto necesita una evaluación de impactos ambientales, el promotor deberá preparar un borrador de términos de referencia a fin de continuar con el proceso de evaluación de impactos ambientales. Si la autoridad ambiental de aplicación concluye de la revisión de la ficha ambiental que no es AAAr, notificará al promotor para que presente su ficha ambiental a la AAAr competente o en su defecto inicie las consultas de conformidad con el artículo 11 de este Título.”

Del artículo 22 del Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio de Ambiente se colige que la ficha ambiental es el documento que contiene todas las especificaciones ambientales del proyecto que se pretende desarrollar, en la que se justifica si el mismo está sujeto o no a evaluación de impactos ambientales, lo cual concuerda con Glosario de términos ambientales, que señala que la Ficha Ambiental “Es el documento que marca el inicio del proceso de Evaluación del impacto Ambiental, que refleja los aspectos técnicos y ambientales de la actividad, obra o proyecto”.

Por su parte, la Disposición Final Tercera del Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio de Ambiente, Parte I la Ley de Gestión Ambiental, a la

que nos remite el artículo 22 *ibídem*, contiene el Glosario de Definiciones y respecto a estudios de impacto ambiental y la evaluación de impacto ambiental señala lo siguiente:

“Estudio de Impacto Ambiental.- Son estudios técnicos que proporcionan antecedentes para la predicción e identificación de los impactos ambientales. Además describen las medidas para prevenir, controlar, mitigar y compensar las alteraciones ambientales significativas”.

“Evaluación de Impacto Ambiental.- Es el procedimiento administrativo de carácter técnico que tiene por objeto determinar obligatoriamente y en forma previa, la viabilidad ambiental de un proyecto, obra o actividad pública o privada. Tiene dos fases: el estudio de impacto ambiental y la declaratoria de impacto ambiental. Su aplicación abarca desde la fase de prefactibilidad hasta la de abandono o desmantelamiento del proyecto, obra o actividad pasando por las fases intermedias”.

Mediante el Acuerdo Ministerial No. 178, el Ministerio del Ambiente expidió el Instructivo para la Calificación y Registro de Consultores Ambientales a Nivel Nacional, que en el Art. 2 prescribe que son consultores ambientales las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que tengan por objeto o actividad la realización de estudios de impacto ambiental, planes de manejo ambiental, auditorías ambientales y demás instrumentos ambientales contemplados en la Ley de Gestión Ambiental, Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente y demás normativa ambiental vigente o que se expidiera en lo posterior.

Por su parte, el Art. 13 del indicado Acuerdo Ministerial prevé:

“Art. 13.- Estudios ambientales por categorías.- Los consultores y compañías ambientales podrán realizar estudios ambientales conforme al siguiente grado de complejidad:

Categoría A.- Estudios ambientales de mayor envergadura corresponden a los siguientes sectores: (Conforme lo establecido en el Art. 261 numeral 11 de la Constitución, se definen las competencias exclusivas del Estado Central a los recursos energéticos: como minerales, hidrocarburos, hídricos, biodiversidad y recursos forestales)...”.

El Acuerdo Ministerial No. 178 publicado en el Registro Oficial No. 323 de 18 de noviembre de 2010, se encuentra referido a la Calificación y Registro de los

Consultores Ambientales a Nivel Nacional y en su artículo primero establece su objeto, en los siguientes términos:

“1.- Objeto.- El presente instructivo tiene por objeto establecer el procedimiento para el registro y calificación de consultores ambientales autorizados para realizar estudios de impacto ambiental y planes de manejo ambiental, auditorías ambientales y demás instrumentos ambientales que se presenten al Ministerio de Ambiente o ante la Autoridad Ambiental de Aplicación responsable acreditada al SUMA, para su revisión y pronunciamiento”.

De otra parte, el artículo 20 del mismo Acuerdo Ministerial prevé:

“Art. 20.- Contratación de consultores ambientales por parte de instituciones públicas.- Las instituciones a las que se refiere el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para la contratación de servicios de consultoría ambiental se registrarán por lo establecido en la señalada ley. Así mismo los consultores ambientales que deseen participar en concursos u otras modalidades de contratación por parte de las instituciones públicas, deberán cumplir con los requisitos señalados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, así como los señalados en el presente acuerdo”.

El artículo 1 del Acuerdo Ministerial No. 178, antes citado, exige que la realización de “estudios de impacto ambiental y planes de manejo ambiental, auditorías ambientales y demás instrumentos ambientales que se presenten al Ministerio de Ambiente o ante la Autoridad Ambiental de Aplicación responsable” sean efectuados por consultores registrados en el Ministerio de Ambiente, mientras que el artículo 20 del mismo Acuerdo, obliga a que toda contratación de consultores ambientales que efectúen las entidades públicas, sea efectuada con los consultores registrados en dicha Cartera de Estado.

El Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente, Libro VI, en el Art. 15 determina la necesidad de una evaluación de impactos ambientales, y en la letra b) establece criterios y métodos de calificación que incluye fichas ambientales y/o estudios preliminares de impacto ambiental y según el Art. 22 del mismo Texto Unificado, para iniciar la determinación de la necesidad (o no) de una evaluación de impactos ambientales, el promotor presentará a la autoridad ambiental la ficha ambiental de su actividad o proyecto propuesto, para lo cual, por disposición del artículo 1 del Acuerdo Ministerial No. 178, publicado en el Registro Oficial No. 323 de 18 de noviembre de 2010, todos los estudios de impacto ambiental, planes de manejo ambiental y demás instrumentos ambientales que se presenten al Ministerio de Ambiente o ante la Autoridad

Ambiental de Aplicación responsable deben ser efectuados por consultores registrados en el Ministerio de Ambiente. Adicionalmente, del tenor del artículo 20 del mismo Decreto se establece que todos los consultores ambientales que deseen participar en concursos y otras modalidades de contratación por parte de las instituciones públicas deben cumplir con los requisitos referidos en el Acuerdo Ministerial No. 178.

Por lo expuesto, en atención a su consulta, se concluye que serán exigibles como requisito para la revisión y aprobación de fichas ambientales y planes de manejo ambiental de obras municipales, presentados por la Dirección de Gestión Ambiental del GAD Municipalidad de Ambato, que éstos sean realizados por consultores acreditados por el Ministerio de Ambiente, en aplicación del artículo 22 de la Ley de Gestión Ambiental, en el caso de las auditorías ambientales para la evaluación del cumplimiento de los planes de manejo ambiental, y de los artículos 15 y 22 del Título VI del Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente y artículos 1 y 20 del Acuerdo Ministerial No. 178, publicado en el Registro Oficial No. 323 de 18 de noviembre de 2010, en el caso de estudios de impacto ambiental y planes de manejo ambiental, auditorías ambientales y demás instrumentos ambientales que deban presentarse al Ministerio de Ambiente o ante la Autoridad Ambiental de Aplicación responsable.

OF. PGE. N°: 06684, de 29-02-2012

ÁREAS VERDES COMUNALES: CONTRIBUCIÓN EN FRACCIONAMIENTOS EN SECTOR RURAL –COMPENSACIÓN MEDIANTE PAGO

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN GUALAQUIZA

CONSULTAS:

1. ¿Es procedente que el Gobierno Municipal de Gualaquiza, exija la entrega de terrenos para sí, como aporte para áreas verdes y comunales, en los fraccionamientos que se realicen en el sector rural donde no existe asentamientos humanos de manera masiva y el lote mínimo es de 5.000 m²?

2. ¿Es procedente que el Gobierno Municipal de Gualaquiza, exija la entrega de terrenos para sí, como aporte para áreas verdes y comunales, cuando en el sec-

tor rural se realicen fraccionamientos para viviendas o asentamientos humanos masivos?.

3. ¿Es procedente que el Gobierno Municipal de Gualaquiza, exija la entrega del aporte de terrenos para áreas verdes y comunales o exija la compensación mediante el respectivo pago cuando el lote a fraccionarse es un lote pequeño, como por ejemplo cuando una pareja se divorcia y divide un lote que tiene 400 m², en consideración de que el lote mínimo en Gualaquiza es de 200 m²?

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 264 num. 2.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 54 lit. c), 55 lits. a) y b), 57 lit. x), 224, 424, 466, 470, 471, 472.

Código de Planificación y Finanzas Públicas Arts. 44 lit. b) y Disp. Trans. Cuarta.

Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal Art. 63 num. 34 (derogada).

Ordenanza que Sanciona los Procedimientos de Aprobación de fraccionamientos de Suelos y Reestructuración de Lotes Urbanos y Agrícolas en el Cantón Gualaquiza Arts. 2 lit. b), 3 lit. c) y 9.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. Mediante oficios Nos. 03486 y 03487 de 1 de septiembre de 2011, en contestación a dos consultas planteadas por los Alcaldes de los Municipios de La Maná y Santo Domingo de los Tsáchilas, en su orden, esta Procuraduría ya se pronunció con respecto al tema materia de la primera consulta, sin que sea necesario emitir un nuevo pronunciamiento al respecto.

En el referido pronunciamiento contenido en el oficio No. 03487 de 1 de septiembre de 2011, se concluyó en el siguiente tenor:

“Por lo expuesto, de conformidad con los artículos 54 letra c), 55 letras a) y b) y 57 letra x) del COOTAD y el artículo 44 letra b) y Disposición Transitoria Cuarta del Código de Planificación y Finanzas Públicas, la contribución o entrega mínima del diez por ciento y máximo el veinte por ciento calculado del área útil del terreno urbanizado o fraccionado, en calidad de áreas verdes y comunales establecido en el Art. 424 del COOTAD, corresponde exclusivamente al fraccionamiento con fines urbanos. Por lo tanto, a la Municipalidad del Cantón Santo Domingo, le corresponderá exigir la mencionada contribución o entrega en terrenos urbanos, a favor de dicha Entidad Edilicia, situados tanto en áreas urbanas como rurales, siempre que los fraccionamientos se realicen con fines urbanos o para urbanizaciones, sin que proceda tal exigencia en el caso de fraccionamiento de terrenos con fines agrícolas previstos en el artículo 471 del COOTAD, para lo

cual deberá adecuar su Plan de Ordenamiento Territorial, publicado en el Registro Oficial No. 340 de 14 de diciembre de 2010, conforme a la normativa prevista en el COOTAD y el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas”.

Para el caso específico de la consulta planteada, se debe añadir que para determinar el lote mínimo de terreno en el Cantón Gualaquiza, se deberá tener en cuenta el artículo 472 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización que prevé lo siguiente:

“Art. 472.- Superficie mínima de los predios.- Para la fijación de las superficies mínimas en los fraccionamientos urbanos se atenderá a las normas que al efecto contenga el plan de ordenamiento territorial. Los notarios y los registradores de la propiedad, para la suscripción e inscripción de una escritura de fraccionamiento respectivamente, exigirán la autorización del ejecutivo de este nivel de gobierno, concedida para el fraccionamiento de los terrenos.”

Por su parte, el segundo inciso del literal b) del artículo 44 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas dispone que “Corresponde exclusivamente a los gobiernos municipales y metropolitanos la regulación, control y sanción respecto del uso y ocupación del suelo en el territorio del cantón. Las decisiones de ordenamiento territorial de este nivel, racionalizarán las intervenciones en el territorio de todos los gobiernos autónomos descentralizados.”, por lo que en cuanto a la determinación de lote mínimo, se deberá tomar en cuenta la zona donde se encuentra el lote a fraccionarse según la tabla ubicada en el Anexo 1 de la “Ordenanza que Sanciona los Procedimientos de Aprobación de Fraccionamientos de Suelos y Reestructuración de Lotes Urbanos y Agrícolas en el Cantón Gualaquiza”, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 431 de 20 de abril de 2011.

2. En el informe jurídico, contenido en el oficio No. GADMG 015-2011 de 14 de diciembre de 2011, que ha sido anexado al oficio que contesto, el Procurador Síndico del Municipio de Gualaquiza, con fundamento en los artículos 424 y 470 del COOTAD, con respecto a esta segunda pregunta, manifiesta:

“El aporte de terreno para áreas verdes y comunales, es aplicable únicamente en el fraccionamiento o subdivisión o urbanización de terrenos ubicados en sectores fijados como urbanos o cuando se fracciona en el sector rural para fijar un asentamiento masivo de seres humanos; más no es aplicable en el sector rural cuando se realiza simples desmembraciones en lotes de gran superficie por cualquier circunstancia, en cuyos casos se aplica el concepto de fraccionamiento agrícola sin ningún aporte para áreas verdes ni comunales.

Destaco que no se puede urbanizar suelos que tengan una vocación agropecuaria, salvo que exista autorización expresa del organismo nacional de tierras (Art. 466 COOTAD).

Los fraccionamientos que se realizan en el sector rural se llaman fraccionamientos agrícolas, en donde también se debe regular un lote mínimo, con la excepción de que no se podrá fraccionar bosques, humedales y otras áreas sensibles (Art. 471 COOTAD).

Y si en el sector rural se autoriza la realización de un fraccionamiento para destinar a la construcción de viviendas, es decir para fijar un asentamiento humano masivo, es lógico que se debe exigir el aporte para áreas verdes y comunales”.

En el pronunciamiento contenido en el oficio No. 03487 de 1 de septiembre de 2011, referido anteriormente, ésta Procuraduría concluyó expresando lo siguiente:

“Por lo expuesto, de conformidad con los artículos 54 letra c), 55 letras a) y b) y 57 letra x) del COOTAD y el artículo 44 letra b) y Disposición Transitoria Cuarta del Código de Planificación y Finanzas Públicas, la contribución o entrega mínima del diez por ciento y máximo el veinte por ciento calculado del área útil del terreno urbanizado o fraccionado, en calidad de áreas verdes y comunales establecido en el Art. 424 del COOTAD, corresponde exclusivamente al fraccionamiento con fines urbanos. Por lo tanto, a la Municipalidad del Cantón Santo Domingo, le corresponderá exigir la mencionada contribución o entrega en terrenos urbanos, a favor de dicha Entidad Edilicia, situados tanto en áreas urbanas como rurales, siempre que los fraccionamientos se realicen con fines urbanos o para urbanizaciones, sin que proceda tal exigencia en el caso de fraccionamiento de terrenos con fines agrícolas previstos en el artículo 471 del COOTAD, para lo cual deberá adecuar su Plan de Ordenamiento Territorial, publicado en el Registro Oficial No. 340 de 14 de diciembre de 2010, conforme a la normativa prevista en el COOTAD y el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas”.

El literal c) del artículo 3 de la “Ordenanza que Sanciona los Procedimientos de Aprobación de Fraccionamientos de Suelos y Reestructuración de Lotes Urbanos y Agrícolas en el Cantón Gualaquiza”, establece:

“Se comprenderá por núcleo de población, el asentamiento humano que genera necesidades asistenciales y de servicios urbanísticos comunes de agua, luz, acceso rodado y alcantarillado y que está constituido por la agregación de unidades familiares que no están vinculadas a la producción agraria, de modo directo o principal, ni dependen económicamente de ella”.

En el caso específico del Municipio de Gualaquiza, para establecer si el lote de terreno a fraccionarse en el sector rural, tiene fines urbanos o urbanizables, que sean susceptibles para que se exija la contribución de áreas verdes y comunales de conformidad con el Art. 224 del COOTAD, se deberá considerar la definición de terreno urbanizable establecida en el artículo 2 letra b), de la “Ordenanza que Sanciona los Procedimientos de Aprobación de Fraccionamientos de Suelos y Reestructuración de Lotes Urbanos y Agrícolas en el Cantón Gualaquiza”, y que de lugar a un núcleo de población entendido por tal al asentamiento humano que genera necesidades asistenciales y de servicios urbanísticos comunes de agua, luz, acceso rodado y alcantarillado y que esté constituido por la agregación de unidades familiares que no están vinculadas a la producción agraria, de modo directo o principal, ni dependan económicamente de ella, según la letra c) del Art. 3 de la “Ordenanza que Sanciona los Procedimientos de Aprobación de Fraccionamientos de Suelos y Reestructuración de Lotes Urbanos y Agrícolas en el Cantón Gualaquiza”.

Por lo tanto, en contestación a la segunda consulta, de conformidad con el Art. 424 del COOTAD, se concluye que es procedente que se entregue al Gobierno Municipal de Gualaquiza, como mínimo el diez por ciento y máximo el veinte por ciento del área útil del terreno urbanizado o fraccionado para áreas verdes y comunales, en los terrenos del sector rural en que se realicen fraccionamientos para viviendas o asentamientos humanos masivos.

3. Con respecto a esta tercera consulta, el Procurador Síndico del Municipio de Gualaquiza, en su informe jurídico contenido en el oficio No. GADMG 015-2011 de 14 de diciembre de 2011, manifiesta:

“De acuerdo al inciso final del Art. 424 del COOTAD, no se puede exonerar el aporte de terreno para áreas verdes y comunales, por más pequeño que sea el lote a fraccionarse, por ejemplo: el lote mínimo en Gualaquiza es de 200 m², y si Pedro divide un lote de 440 m², se entiende que el aporte comunal debe ser de 44 m² aplicando el 10%, que es inferior al lote mínimo, por lo tanto Pedro debe compensar pagando en dinero en efectivo de acuerdo al avalúo catastral únicamente del terreno y no de la construcción en caso de existir esta última”.

Conforme fue analizado en los oficios Nos. 03486 y 03487 de 1 de septiembre de 2011, la obligación de los gobiernos municipales autónomos municipales para exigir la entrega de áreas verdes y comunales, radica en el hecho de que el terreno a fraccionar sea destinado para fines urbanos o urbanizables, según el Art. 424 del COOTAD, el cual en su segundo inciso establece la prohibición de exonerar dicha contribución, “excepto en función del lote mínimo vigente según

la planificación territorial, en cuyo caso se compensará con el pago en dinero según el avalúo catastral”.

Según el Art. 9 de la “Ordenanza que Sanciona los Procedimientos de Aprobación de Fraccionamientos de Suelos y Reestructuración de Lotes Urbanos y Agrícolas en el Cantón Gualaquiza”, para la determinación del lote mínimo a registrar para los fraccionamientos y urbanizaciones en el área urbana así como para las parcelaciones agrícolas se atenderá a las normativas constantes en el Anexo 1 de dicha ordenanza, el cual dispone que el lote mínimo en el Cantón Gualaquiza es de 200 m².

En su consulta no se señala si en el caso del lote de 400m² que va a ser objeto de división (por el divorcio y la consecuente disolución y liquidación de la sociedad conyugal de los actuales dueños), ya se ha efectuado previamente una contribución por áreas verdes y comunales, conforme prevé el artículo 424 del COOTAD y lo establecía anteriormente el numeral 34 del artículo 63 de la Codificación a la Ley Orgánica de Régimen Municipal, por lo que corresponde analizar los dos escenarios.

Si es que ya se hubiere efectuado previamente la contribución de áreas verdes y comunales a favor del Municipio de Gualaquiza, es aplicable lo expresado por esta Procuraduría en el pronunciamiento contenido en el oficio No. 04294 de 17 de octubre de 2011, con motivo de la consulta formulada por el Alcalde de Loja:

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

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

En todo caso, el Concejo Municipal de Loja, en aplicación del numeral 2 del Art. 264 de la Constitución de la República, y la letra b) del Art. 55, del COOTAD,

que en igual tenor, disponen como atribución exclusiva de los gobiernos autónomos municipales, el ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo del cantón, podría analizar la procedencia de redistribuir la contribución del porcentaje de áreas verdes y comunales realizado en la primera subdivisión, de manera que dichas áreas verdes y comunales guarden la debida proporcionalidad con la segunda subdivisión”.

Por el contrario, en el caso que motiva su consulta, si el terreno de 400m² no ha sido anteriormente subdividido y por lo tanto no se han efectuado aportaciones globales de áreas verdes y comunales, al dividirse en virtud de la liquidación de la sociedad conyugal, quedando dos terrenos de 200 m², es decir de una extensión igual al lote mínimo, establecido en el anexo 1 de la “Ordenanza que Sanciona los Procedimientos de Aprobación de Fraccionamientos de Suelos y Reestructuración de Lotes Urbanos y Agrícolas en el Cantón Gualaquiza”, procede por cada uno de los dos terrenos la compensación en dinero según el avalúo catastral de cada uno de ellos, de conformidad con el inciso segundo del referido Art. 424 del COOTAD, porque no es posible aplicar la contribución referida en el primer inciso del citado Art. 424 del COOTAD, en razón de que los dos terrenos han quedado con una extensión igual al lote mínimo.

OF. PGE. N°: 06484, de 14-02-2012

**BANCO DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL,
BIESS: INVERSIÓN EN EL FIDEICOMISO –PROYECTO
HIDROELÉCTRICO ANGAMARCA**

**ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO NACIONAL DE ELECTRICIDAD,
CONELEC**

CONSULTAS:

1. “¿Existe la posibilidad de que el Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, BIESS, invierta sus recursos económicos en un Fideicomiso de Administración y Garantía para la ejecución y operación del Proyecto Hidroeléctrico Angamarca, de 75MW de capacidad, destinado a la autogeneración, que debe ser desarrollado por la Compañía PRODUASTRO S.A., en el porcentaje equivalente al 60% del costo total del Proyecto?”.

2. y 3. “¿La inversión que realizaría el Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, BIESS, en el porcentaje antes referido, dentro del Fideicomiso de Administración y Garantía, modificaría el status jurídico actual de la compañía PRODUCTORA DEL AUSTRO C.A. PRODUASTRO, de persona jurídica de derecho privado a persona jurídica de derecho público?”.

“¿Si la inversión del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, BIESS, en el porcentaje antes referido, puede afectar el Contrato de Concesión suscrito entre el CONELEC y la PRODUCTORA DEL AUSTRO C.A. PRODUASTRO?”.

BASES LEGALES:

Ley de Régimen del Sector Eléctrico Arts. 1 y 26.

Ley del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social Art. 4 num. 4.1.1 y 4.1.3.

Ley de Mercado de Valores Arts. 109 y 115.

Reglamento de Concesiones, Permisos y Licencias para la Prestación del Servicio de Energía Eléctrica Art. 68.

PRONUNCIAMIENTO:

1. En la comunicación inicial de consulta se expone que el CONELEC y la compañía PRODUASTRO suscribieron el 30 de enero de 2007, ante la Notaría Vigésima Octava del cantón Quito, el Contrato de Concesión para autogeneración de energía eléctrica, para la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico Angamarca, con una capacidad de 75 MW, ubicado en la Provincia de Cotopaxi; y que, la construcción y operación del Proyecto cuenta con la respectiva licencia ambiental. Entre los documentos que se han remitido a pedido nuestro, consta copia certificada de la Licencia Ambiental, otorgada por Resolución No. DE-06-036 del CONELEC, publicada en el Registro Oficial No. 361 de 21 de septiembre de 2006.

La consulta añade que el 15 de junio de 2010, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) y la concesionaria PRODUASTRO han suscrito un convenio para la inversión en el Proyecto Hidroeléctrico Angamarca, que “establece como estructura legal para el financiamiento del Proyecto la constitución de un fideicomiso mercantil de inversión. El Convenio señala que a dicho fideicomiso se aportaría el 99% de las acciones de PRODUASTRO y el IESS aportaría el 60% de la inversión requerida para el Proyecto”.

Según refiere la consulta, el informe de la Gerencia de Negocios Fiduciarios del BIESS plantea “la distribución de utilidades a favor del BIESS a efectos de que este participe en el 60% correspondiente a su inversión”, por lo que “Mediante

Oficio No. 842-GG-BIESS-2011 de 12 de octubre de 2011, la Gerencia General del BIESS informó a PRODUASTRO que es jurídicamente viable la inversión de recursos en el Proyecto Hidroeléctrico Angamarca, por un monto de USD 58'392.000,00, en función a lo dispuesto en el numeral 5.1, del Manual de Fideicomisos aprobado por el Directorio del BIESS...”.

El informe del Procurador de CONELEC contenido en memorando No. CONELEC-PG-2012-032-M de 16 de enero de 2012, remitido a pedido nuestro, cita el artículo 4 de la Ley del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, que le autoriza a realizar operaciones para estructurar, impulsar y promover proyectos de inversión.

Agrega el informe jurídico de la Entidad consultante que, el artículo 1 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico establece que el suministro de energía eléctrica es un servicio de utilidad pública de interés nacional; y, el artículo 2 reformado de la misma Ley, asigna al CONELEC competencia para “concesionar la generación de energía eléctrica” y autoriza al Estado a “otorgar de forma excepcional, delegaciones a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria para la prestación del servicio público de energía eléctrica, cuando sea necesario y adecuado para satisfacer el interés público, colectivo o general; o, cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas”.

Añade que, el artículo 26 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, establece que la generación, transmisión o distribución de energía eléctrica será realizada por compañías autorizadas y establecidas en el país; y, el artículo 40 *ibídem*, en su segundo inciso, permite al sector privado proponer a su riesgo, el desarrollo de proyectos alternativos que deberán ser previamente aprobados por el CONELEC, en cuyo caso pasarán a formar parte del Plan Nacional de Electrificación. Sobre dicha base el informe del Procurador del CONELEC, concluye que:

“...la energía que produciría la compañía PRODUASTRO C.A., con la cual se mantiene suscrito un Contrato de Concesión, al ser requerida para cubrir la demanda nacional, se considera necesaria la construcción, ejecución y operación del Proyecto Hidroeléctrico Angamarca, para lo cual PRODUASTRO C.A. debe contar con fuentes de financiamiento que le permita cumplir con su obligación contractual, pudiendo ser entre otros, la inversión por parte del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, BIESS”.

Por su parte, el Gerente General del BIESS, en el oficio No. 0064-GG-BIESS-2012 de 25 de enero de 2012, cita entre otras normas, el numeral 4.1.3 del artículo 4 de la Ley del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, que establece

como parte de las operaciones autorizadas a esa institución financiera pública, la de “Estructurar, impulsar y promover proyectos de inversión”.

Cita además, el Manual de Fideicomisos aprobado por el Directorio del BIESS que, en el numeral 5.1. autoriza al BIESS a “constituir fideicomisos mercantiles de inversión, para lo cual aportará al patrimonio autónomo sumas de dinero para que éstas se inviertan según sus instrucciones, dentro de los parámetros señalados en la Ley de Creación del BIESS, Ley de Mercado de Valores y sus reglamentos de aplicación, resoluciones del Directorio del BIESS, resoluciones expedidas por la Superintendencia de Bancos y Seguros, y demás normativa aplicable. La participación del BIESS como fideicomitente constituyente o adherente en fideicomisos de inversión dependerá del análisis de cada proyecto en particular, pero no podrá superar el 60% de la inversión total del proyecto incluyendo todas las modalidades de aportación”. Dicho Manual no ha sido remitido a este Organismo ni consta publicado en el Registro Oficial.

Agrega que, “al fideicomiso se aportarán los bienes adquiridos por el desarrollo del Proyecto Hidroeléctrico Angamarca, para que sirvan para garantizar o asegurar la inversión realizada por el BIESS, para lo cual se deberá contar con la previa autorización por parte del Consejo Nacional de Electricidad (CONELEC) como concedente”.

El BIESS invoca en forma adicional, el artículo 68 del Reglamento de Concesiones, Permisos y Licencias para la Prestación del Servicio de Energía Eléctrica, que establece que los titulares de los contratos de concesión deberán ejercer los derechos y cumplir sus obligaciones consignadas en sus respectivos títulos por sí mismos, sin asistencia financiera o compensación por parte del Estado, excepto en los casos expresamente establecidos en la Ley o en el presente reglamento; y, sobre dicha base el BIESS concluye:

“...si bien sería viable que el BIESS invierta sus recursos económicos en un Fideicomiso de Inversión, Administración y Garantía, para la ejecución y operación de un proyecto Hidroeléctrico; habrá que tener en cuenta la normativa legal aplicable a su situación jurídica específica y en relación al efecto que produzca la participación mayoritaria del BIESS en la inversión requerida”.

El Convenio celebrado entre el Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (BIESS) y la compañía Productora del Austro (PRODUASTRO C.A.), cuya copia simple se ha remitido a este Organismo, fue suscrito el 15 de junio de 2010, y su objeto, según su cláusula segunda es: “...tomar las acciones necesarias para viabilizar la participación del Instituto en calidad de inversionista en el Proyecto

Hidroeléctrico Angamarca”, previéndose como compromiso de las partes, según la cláusula tercera, la constitución de un fideicomiso mercantil de inversión.

Según el numeral 4 de la cláusula tercera del Convenio, “Los accionistas de PRODUASTRO aportarán con el 99% de sus acciones a favor del fideicomiso mercantil”; mientras que, según el numeral 5 de la misma cláusula “La participación del IESS será del sesenta por ciento (60%) del proyecto total Angamarca”.

El Gerente General del BIESS, en el oficio No. 0064-BIES-2012 de 25 de enero de 2012 al que antes se hizo referencia, manifiesta que: “al fideicomiso se aportarán por parte de PRODUCTORA DEL AUSTRO S.A. PRODUASTRO, los derechos de cobro y los recursos o pagos derivados de los contratos que celebre por la venta de energía eléctrica. Para la cesión de los derechos de cobro, a la constitución del Fideicomiso se deberá contar con la previa autorización por parte del Consejo Nacional de la Electricidad (CONELEC), como concedente”.

El contenido de la consulta exige considerar como antecedente que, el artículo 4 de la Ley del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, autoriza a esa institución financiera pública a realizar “operaciones de banca de inversión y las determinadas en la presente Ley”, entre ellas: “4.1.1 Inversiones a través de los instrumentos que ofrece el mercado de valores para el financiamiento a largo plazo de proyectos públicos y privados, productivos y de infraestructura que generen rentabilidad financiera, valor agregado y nuevas fuentes de empleo, para impulsar el desarrollo socio económico del país”.

El artículo 7 de la misma Ley dispone que, “los beneficios y rendimientos financieros producto de las inversiones de los recursos previsionales, así como las utilidades que genere la operación del Banco, deberán entregarse al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, para incrementar los fondos previsionales, según corresponda”.

Los fideicomisos mercantiles se constituyen y administran de conformidad con las disposiciones contenidas en la Ley de Mercado de Valores y el Reglamento expedido por el Consejo Nacional de Valores, que regula la Participación del Sector Público en el Mercado de Valores. El artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores, define al contrato de fideicomiso mercantil, en los siguientes términos:

“Art. 109.- Del contrato de fideicomiso mercantil.- Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporeales, que existen o se espera que existan, a

un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario...”.

El inciso segundo del artículo 115 de la Ley de Mercado de Valores, dispone que las instituciones del sector público que actuarán como constituyentes de fideicomisos mercantiles, estarán sujetas al reglamento especial que al efecto expida el Consejo Nacional de Valores; dicho Reglamento consta actualmente en la Codificación de las Resoluciones del CNV, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 1 de 8 de marzo de 2007. El inciso final del artículo 13 del citado Reglamento, dispone que: “Los negocios fiduciarios no podrán servir de instrumento para realizar actos o contratos que, de acuerdo con las disposiciones legales, no pueda celebrar directamente la entidad pública o mixta como constituyente o en la adhesión a un negocio fiduciario ya constituido”.

El primer inciso de la Disposición General Décima Primera del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, prescribe que los recursos de las entidades financieras públicas “podrán gestionarse a través de fideicomisos, previa la autorización del ente rector de (las) finanzas públicas”.

De los antecedentes y normas hasta aquí referidos se desprende que el Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social está autorizado para realizar inversiones a través de los instrumentos que ofrece el mercado de valores, según prevé el numeral 4.1.1 del artículo 4 de la Ley del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y puede intervenir en fideicomisos mercantiles que se constituyen y administran de conformidad con la Ley de Mercado de Valores y el Reglamento expedido por el Consejo Nacional de Valores, para lo cual requiere la autorización del ente rector de las finanzas públicas según el primer inciso de la Disposición General Décimo Primera del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, por ser el BIESS una institución financiera pública. Los rendimientos de las inversiones de los recursos previsionales, según el artículo 7 de la Ley del BIESS, se deben entregar al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, para incrementar los fondos previsionales.

En consecuencia, corresponde examinar si la inversión que pretende efectuar el BIESS para el desarrollo del Proyecto Hidroeléctrico Angamarca, concesionado a la compañía PRODUASTRO, puede ser efectuada a través de la constitución de un fideicomiso mercantil al que la concesionaria aporte sus acciones y los derechos de cobro por la venta de energía eléctrica, mientras el BIESS aporte recursos equivalentes al 60% del valor del proyecto.

De la información societaria remitida por la Superintendencia de Compañías, así como de la documentación remitida por el CONELEC, se desprende que la compañía PRODUASTRO C.A., fue constituida mediante escritura pública de 23 de enero de 1996, ante el Notario Undécimo del Cantón Quito, inscrita en el Registro Mercantil de ese cantón el 16 de febrero del mismo año; y que, mediante escritura pública de 1 de abril del 2005, otorgada ante el Notario Vigésimo Quinto de Quito, dicha compañía cambió de objeto social y reformó sus estatutos, según consta en la cláusula tercera de dicha escritura, estipulada en los siguientes términos:

“TERCERA.- CAMBIO DE OBJETO SOCIAL Y REFORMA DE ESTATUTOS.- En virtud de los antecedentes expuestos y en cumplimiento a lo dispuesto en la Junta Universal de Accionistas del primero de febrero del año dos mil cinco se procede a reformar los estatutos sociales de la compañía PRODUCTORA AGROPECUARIA DEL AUSTRO C.A. PRODUASTRO, de la siguiente manera: Se reforma el Artículo Segundo que en adelante deberá decir: Artículo Segundo. “ARTÍCULO DOS: objeto social: El objeto principal de la compañía es desarrollar proyectos hidroeléctricos dentro del país, la producción de energía eléctrica desde cualquiera de sus fuentes primarias de generación. Para este efecto la compañía cumplirá con todos y cada uno de los requisitos establecidos en la Ley.... Podrá procurarse concesiones para la realización de su objeto social. En general, la compañía podrá intervenir en todo acto o contrato civil o mercantil permitido por la ley y que sea acorde con su objeto social.

Para dar cumplimiento a este objetivo, la compañía podrá realizar y ejecutar toda clase de actos y contratos civiles, mercantiles e industriales. Así mismo, podrá adquirir derechos y contraer obligaciones, contratar con personas naturales o jurídicas. Adicionalmente podrá realizar estudios técnicos de construcción; construir e instalar centrales de generación eléctrica, adquirir por importación o localmente o fabricar equipos de generación, protección, y control de energía eléctrica... Adicionalmente, podrá recibir créditos... En general la compañía podrá ejecutar cuantos actos, contratos y operaciones civiles o de comercio sean permitidos por la ley y guarden relación con el objeto social, pudiendo asociarse a compañías constituidas o a constituirse con un objeto similar o complementario al suyo...”.

Mediante escritura pública celebrada el 14 de noviembre de 2005, ante el Notario Vigésimo Quinto del cantón Quito, inscrita en el Registro Mercantil el 3 de febrero de 2006, la compañía PRODUASTRO cambió su denominación a “Productora del Austro C.A. PRODUASTRO”.

De la información societaria referida en los párrafos precedentes se desprende que, el objeto social reformado de la compañía PRODUASTRO incluye el desa-

rollo de proyectos hidroeléctricos en el país y le autoriza a recibir créditos y a ejecutar actos y contratos civiles y mercantiles permitidos por la ley, siempre que guarden relación con su objeto social.

En cuanto se refiere al contrato de concesión para el desarrollo del Proyecto Hidroeléctrico Angamarca, de la copia certificada remitida a pedido nuestro, consta que fue suscrito el 30 de enero de 2007, en la Notaría Vigésimo Octava del cantón Quito, por el CONELEC y la compañía PRODUASTRO C.A. Su objeto según la cláusula sexta del contrato, fue estipulado en los siguientes términos:

“...El concedente, como ente público competente y en ejercicio de la facultad que le otorgan los artículos dos y treinta y nueve de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, artículos cinco, once primer inciso y quince del Reglamento de Concesiones, Permisos y Licencias para la Prestación del Servicio de Energía Eléctrica actualmente en vigencia, a través de este contrato, delega, autoriza y otorga al concesionario la presente concesión específica para que ejecute el Proyecto Hidroeléctrico Angamarca de setenta y cinco MW (75MW), destinado a autogeneración, el mismo que comprende el diseño, financiación, construcción, operación, mantenimiento, posesión y administración de dicha central de generación”.

El numeral 6.3 de la cláusula sexta “objeto del contrato”, prevé: “PROPIEDAD DE LAS INSTALACIONES. Para el propósito indicado, al delegar y autorizar al concesionario para que a través del presente contrato pueda ejercer las actividades antes referidas, al concesionario se le reconoce el carácter de propietario sobre la futura central de generación y demás equipos y bienes que constituirán la misma según se detalla en el anexo numeral uno. Igual carácter de propietario se le reconocerá sobre los bienes y equipos que a futuro se construyan en esta central”.

El numeral 6.4 de la cláusula sexta del contrato de concesión “objeto del contrato”, estipula: “PROPIEDAD DE LA ENERGÍA. El concedente deja expresamente establecido que el concesionario es propietario absoluto de la energía que produzca la central del proyecto indicado en este contrato”.

El plazo y vigencia de la concesión, según la cláusula séptima del contrato, es de 50 años contados a partir de la suscripción del contrato. Según la cláusula octava, el área geográfica en la que estará instalado el Proyecto Hidroeléctrico Angamarca, se ubica en el cantón Pangua, Provincia de Cotopaxi.

La cláusula décimo segunda, numeral 12.1 confiere al concesionario “el derecho exclusivo de diseñar, construir, poseer, autogenerar, operar, mantener y administrar el proyecto referido en este contrato, de su propiedad, e instalado en los pre-

dios descritos en la cláusula octava”; y, el numeral 12.1.8 de la misma cláusula autoriza al concesionario “previo el cumplimiento de las leyes y normas pertinentes, para que pueda ejecutar todos los actos y suscribir todos los contratos que aparezcan como útiles y necesarios para llevar adelante la ejecución del proyecto y la operación de la central de generación en todos sus aspectos. Tales actos y contratos incluyen entre otros los referentes al financiamiento, adquisición de equipos mayores o menores, servicios, repuestos, instrumentos, herramientas, y cualquier otro que sea necesario para la construcción, operación y mantenimiento de la central, así como los contratos de seguros que considere convenientes y necesarios”.

Como causal de revocatoria de la concesión, el numeral 15.5 de la cláusula décimo quinta, estipula la siguiente: “Si la concesión se transfiere a terceros sin autorización del CONELEC”; y, la cláusula décimo séptima “restricciones a la transferencia” estipula: “El Concesionario no transferirá, ni cederá, ni subdelegará este contrato de concesión a un tercero, sea por un acto de enajenación, arriendo, fusión u otro de similar efecto, sin la previa autorización por escrito del concedente”.

El numeral 18.2 de la cláusula décimo octava, prevé que constituye infracción: “A) Que el concesionario se dedique a actividades de transmisión o distribución y comercialización de energía eléctrica, al margen de lo establecido en el presente contrato”.

El glosario del Reglamento de concesiones, Permisos y Licencias para la Prestación del Servicio de Energía Eléctrica define el término “comercialización” como “la actividad consistente en la venta de energía eléctrica a los consumidores finales y en la que se incluye la medición del consumo, facturación, cobranza, atención de consumidores finales y demás aspectos relacionados con la utilización de la energía eléctrica. También se incluye dentro de este concepto la actividad de compra - venta de potencia y energía entre los actores del mercado eléctrico mayorista, así como las actividades de importación y exportación de potencia y energía”.

En virtud de que la cláusula sexta del contrato determina que el objeto de la concesión específica otorgada a la compañía PRODUASTRO C.A, es la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico Angamarca, “destinado a autogeneración” y que, la cláusula décimo segunda, numeral 12.1 confiere al concesionario el derecho exclusivo de diseñar, construir, poseer, autogenerar, operar, mantener y administrar el proyecto hidroeléctrico Angamarca, de su propiedad, es perti-

nente considerar en el análisis la naturaleza de la concesión que se ha otorgado a PRODUASTRO C.A.

El Glosario incluido en el Reglamento de Concesiones para Prestación de Energía Eléctrica, define la “autogeneración” como “la generación de energía eléctrica por una persona natural o jurídica destinada para su propio consumo, cuya producción no se coloca en el Sistema Nacional Interconectado ni en un sistema aislado de transporte”; y, “autogenerador”, como “el generador independiente de energía eléctrica destinada para su propio consumo, pudiendo tener excedentes a disposición de terceros o del mercado eléctrico mayorista a través del Sistema Nacional de Transmisión, sistemas de distribución, o de los sistemas aislados de transporte”.

Entre los documentos cuya copia certificada se ha remitido a pedido nuestro, consta tanto el Certificado de Concesión No. 24 de 3 de enero de 2006, suscrito por el Director Ejecutivo del Consejo Nacional de Electricidad, por el que se garantiza a PRODUASTRO C.A., “su derecho exclusivo respecto de la concesión solicitada, para la suscripción del contrato de concesión para la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico Angamarca, de 75 MW, como autogenerador con venta de excedentes”, como el certificado del CONELEC de 12 de enero de 2007, por el que se aprueba “la modificación al objeto del Certificado de Concesión No. 24, de autogeneración con venta de excedentes a autogeneración pura”.

Al haberse modificado la concesión otorgada por el CONELEC a favor de PRODUASTRO S.A., de “autogeneración con venta de excedentes a autogeneración pura”, según consta de la modificación del certificado de concesión No. 24, antes referida, se establece que la concesionaria PRODUASTRO C.A., no está autorizada por el concedente CONELEC, para vender los excedentes de energía que produzca el Proyecto Hidroeléctrico Angamarca. Por el contrario la energía que genere debe ser utilizada exclusivamente para autoconsumo.

De lo expuesto se desprende que la concesión otorgada a la compañía PRODUASTRO, instrumentada en el contrato celebrado con el CONELEC el 30 de enero de 2007, en la Notaría Vigésima Octava del cantón Quito, tiene por objeto el desarrollo del Proyecto Hidroeléctrico Angamarca, destinado a autogeneración. En consecuencia, según la definición contenida en el Reglamento de Concesiones para Prestación de Energía Eléctrica, PRODUASTRO es un autogenerador, esto es un “generador independiente de energía eléctrica destinada para su propio consumo”.

Es importante considerar que el contrato de concesión al que se refiere la consulta no autoriza a la concesionaria PRODUASTRO a efectuar la venta de energía, sino que expresamente se lo prohíbe el numeral 18.2 de la cláusula décima octava, que le impide realizar actividades de comercialización de energía eléctrica, que según la definición contenida en el Glosario del citado Reglamento de Concesiones para Prestación de Energía Eléctrica “incluye dentro de este concepto la actividad de compra - venta de potencia y energía entre los actores del mercado eléctrico mayorista...”. Por tanto, si el contrato de concesión prohíbe la comercialización de energía eléctrica, conforme al referido numeral 18.2 de la Clausula Decimo Octava de la concesionaria no podrá aportar al fideicomiso los derechos de cobro por concepto de venta de energía, que es aquello a lo que se habría comprometido, según refiere el Gerente del BIESS en oficio No. 0064-BIESS-2012 de 25 de enero de 2012.

Del análisis jurídico que precede se concluye que, si bien el Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, BIESS está autorizado por el artículo 4 de su Ley a efectuar operaciones de inversión en fideicomisos, cuyos rendimientos están destinados al IESS para el incremento de los fondos previsionales, según el artículo 7 ibídem, en el caso específico materia de consulta, los términos del objeto del contrato de concesión de generación de que es titular la compañía PRODUASTRO, no le habilitan a dicha concesionaria a efectuar la venta de energía y por tanto eso le impide aportar a un fideicomiso derechos de cobro por tal concepto. En consecuencia, en los actuales términos del contrato de concesión entre el CONELEC y PRODUASTRO S.A., no es posible que el Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, BIESS, invierta sus recursos económicos en un fideicomiso de administración y garantía para la ejecución y operación del Proyecto Hidroeléctrico Angamarca.

2. y 3. Atenta la improcedencia jurídica de que se constituya un fideicomiso mercantil de inversión en los términos inicialmente acordados por la concesionaria PRODUASTRO y el BIESS, en virtud de que el objeto del contrato de concesión está destinado a autogeneración y no autoriza ni permite la venta de energía, según se ha concluido al atender su primera consulta, este Organismo se abstiene de atender sus consultas segunda y tercera, por estar formuladas sobre la base de la constitución de dicho fideicomiso mercantil.

OF. PGE. N°: 07106, de 22-03-2012

BIENES INMUEBLES: FRACCIONAMIENTO DE PREDIOS RURALES Y URBANOS –COMPETENCIA PARA AUTORIZACIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN TISALEO

CONSULTAS:

1. “¿La facultad de autorizar fraccionamientos de predios en el sector rural corresponde al Alcalde, como ejecutivo del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Tisaleo; o, a su Concejo Municipal?”
2. “¿Se debe o no aplicar el cobro del porcentaje de cesión en los fraccionamientos de áreas de terreno destinado a labores agrícolas, entendiéndose que éstas se hallan ubicadas en el área rural?”
3. “Corresponde o no al Alcalde del GADM de Tisaleo, como su ejecutivo, autorizar fraccionamientos de terrenos ubicados en el sector urbano?”
4. “¿Hasta cuando se actualice al Ordenanza de Implementación del Plan de Ordenamiento territorial del Área de Control Urbano y Rural del Cantón Tisaleo, publicada en el Registro Oficial No. 341 de 20 de mayo de 2008, en cuanto esta no se oponga a la Constitución y al COOTAD vigente, tiene vigencia y por lo tanto se la debe seguir aplicando hasta cuando ésta sea reformada?”

BASES LEGALES:

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 54 lit. c), 55 lits. a) y b), 57 lits. a) y x), 59, 60 y 472.

Código de Planificación y Finanzas Públicas Arts. 44 lit. b), 424 y Disp. Trans. Cuarta

PRONUNCIAMIENTOS:

1. Al respecto, esta Procuraduría se pronunció en la parte pertinente del oficio No. 03486 de 1 de septiembre de 2011, cuya copia adjunto para su conocimiento, en atención a la tercera consulta, de varias que fueron formuladas por el Alcalde del Cantón La Maná, en los siguientes términos:

“Por lo tanto, en contestación a los términos de la tercera consulta, de conformidad con el Art. 472 del COOTAD, le corresponde al ejecutivo del gobierno autónomo cantonal, autorizar el fraccionamiento de terrenos, mientras que le compete al concejo cantonal, como instancia legislativa, de conformidad con los artículos 55 letra b) y 57 letra x) del COOTAD, ejercer el control sobre el uso

y ocupación del suelo en el cantón y regular y controlar mediante la normativa cantonal pertinente, el uso del suelo en el territorio del cantón.”

2. Con relación a su segunda consulta, en las páginas 11 y 10, respectivamente, de los oficios Nos. 03486 y 03487 de 1 de septiembre de 2011, este Organismo se pronunció en el siguiente tenor:

“Por lo expuesto, de conformidad con los artículos 54 letra c), 55 letras a) y b) y 57 letra x) del COOTAD y el artículo 44 letra b) y Disposición Transitoria Cuarta del Código de Planificación y Finanzas Públicas, la contribución o entrega mínima del diez por ciento y máximo el veinte por ciento calculado del área útil del terreno urbanizado o fraccionado, en calidad de áreas verdes y comunales establecido en el Art. 424 del COOTAD, corresponde exclusivamente al fraccionamiento con fines urbanos. ...”

3. En lo que se respecta a su tercera consulta, esta Procuraduría mediante oficio No. 00720 de 3 de marzo de 2011, cuya copia adjunto para su conocimiento, se pronuncio en atención a la consulta formulada en similares términos por el Alcalde del Cantón Daule y concluyó en los siguientes términos:

“De lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, de conformidad con el Art. 57 letra a), del COOTAD que determina entre las atribuciones del concejo cantonal el ejercicio de la facultad normativa en las materias de su competencia mediante la expedición de ordenanzas cantonales; y, en la letra x), le señala regular y controlar mediante la normativa cantonal correspondiente, el uso del suelo en el territorio del cantón, así como establecer el régimen urbanístico de la tierra; y, de los artículos 59 y 60 letras a) y b), del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización que disponen que el Alcalde es la primera autoridad del ejecutivo del gobierno autónomo descentralizado municipal, que ejerce su representación legal y de manera exclusiva la facultad ejecutiva de dicho municipio, le corresponde al Concejo Cantonal de Daule dictar la ordenanza respectiva para regular y controlar el uso del suelo en el territorio del cantón, así como establecer el régimen urbanístico de la tierra; determinar las condiciones de urbanización, parcelación, lotización, división o cualquier otra forma de fraccionamiento de conformidad con la planificación cantonal, asegurando los porcentajes para zonas verdes y áreas comunales; y, al Alcalde de ese Cantón, como primera autoridad municipal y máxima autoridad administrativa, conceder las autorizaciones pertinentes”.

4. Respecto de su cuarta consulta, esta Procuraduría, según consta en la parte pertinente del oficio No. 03486 de 1 de septiembre de 2011, se pronunció en

atención a la consulta formulada por el Alcalde del Cantón La Maná, en los siguientes términos:

“La Disposición Transitoria Cuarta del Código Orgánico de Organización y Finanzas Públicas, prevé lo siguiente:

‘CUARTA.- Hasta el 31 de diciembre de 2011, los gobiernos autónomos descentralizados, deberán formular los planes de Desarrollo y de Ordenamiento Territorial conforme las disposiciones constantes en la presente norma, o adecuarán los contenidos de desarrollo y de ordenamiento territorial en los instrumentos vigentes que tengan, de conformidad con lo dispuesto en el presente Código. Cumplido este plazo, los gobiernos autónomos descentralizados no podrán aprobar proformas presupuestarias si no han sido aprobados los planes de desarrollo y de ordenamiento territorial respectivos.

Mientras los gobiernos autónomos descentralizados adecuan los planes de desarrollo y de ordenamiento territorial en los términos y plazos previstos en este código, regirán los planes existentes y aprobados’.

En atención a lo establecido en la Disposición Transitoria Cuarta del Código de Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, anteriormente citada, hasta el 31 de diciembre de 2011, la Municipalidad deberá formular los planes de Desarrollo y de Ordenamiento Territorial conforme las disposiciones constantes en el indicado Código Orgánico o adecuar los contenidos de desarrollo y de ordenamiento territorial en los instrumentos vigentes; mientras tanto regirán los planes existentes y aprobados, al tenor del inciso segundo de la Disposición Transitoria Cuarta en mención.

Por lo tanto, en contestación a los términos de la consulta, el Municipio de La Maná puede autorizar fraccionamientos agrícolas con el Plan de Desarrollo Territorial, que tenga en la actualidad, hasta que elabore su nuevo Plan de Desarrollo y de Ordenamiento Territorial, acorde con las actuales disposiciones del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y del COOTAD”.

OF. PGE. N°: 07262, de 3-04-2012

BOMBEROS: COMPETENCIA PARA APROBACIÓN DE PLANOS Y COBRO DE TASAS A ESTABLECIMIENTOS INDUSTRIALES

ENTIDAD CONSULTANTE: CUERPO DE BOMBEROS DEL CANTÓN CHONE

CONSULTA:

Respecto a la procedencia del cobro por aprobación de planos de construcción de la obra del Proyecto de Propósito Múltiple Chone a la empresa China Tiesiju Civil Engineering Group Co. Ltd.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 226.

Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado Art. 13.

Ley de Defensa Contra Incendios Arts.1, 8, 9, 12, 40, 53 y 245; y, 9 de su Reglamento.

Código Civil Art. 7 regla 18a.

Reglamento de Prevención, Mitigación y Protección contra Incendios Arts. 122 y 330.

Res. de la Procuraduría General del Estado N° 17.

PRONUNCIAMIENTO:

Como antecedentes en el oficio de consulta se manifiesta que, de acuerdo al Art. 35 de las Facultades de los primeros Jefes de los Cuerpos de Bomberos del País de la Codificación de la Ley de Defensa Contra Incendios, Art. 40 Atribuciones de los Jefes de Cuerpos de Bomberos del Reglamento General para la aplicación de la Ley de Defensa contra Incendios, Art. 4 Sujeción y Normativa y Art. 9 de Aprobación de Planos del Reglamento de Prevención de Incendios, se oficio a la empresa china Tiesiju Civil Engineering Group Co. Ltd, a la cual se le adjudicó la obra del “Proyecto de Propósito Múltiple Chone”, para que presentara los planos de dicha construcción y puedan cancelar los rubros que corresponde a la aprobación de los metros cuadrados de construcción que van a realizar, obteniendo como respuesta un oficio donde ellos manifiestan que no les compete a dicha compañía presentar planos la Cuerpo de Bomberos de Chone puesto que la dueña de la obra es la SENAGUA, organismo perteneciente al Estado.

Mediante oficio No. 05962 de 16 de enero de 2012, con fundamento en el inciso segundo del artículo 13 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y el artículo 4 de la Resolución No. 17 emitida por este Organismo, se le requirió documentación relacionada con la consulta y el criterio del Asesor Jurídico del Cuerpo de Bomberos, lo cual fue atendido mediante oficio

S/N de 26 de enero de 2012, suscrito por el referido Asesor, ingresado a esta Procuraduría el 3 de febrero del 2012.

De otra parte, a fin de contar con elementos de juicio necesarios para atender su consulta, mediante oficio No. 09653 de 16 de enero de 2012, se requirió el criterio institucional de la Secretaría Nacional del Agua SENAGUA, habiendo recibido respuesta a través del oficio No. SENAGUA-SN.1-2012-0079-O de 8 de febrero de 2012, recibido el 9 de febrero de 2012, suscrito por el Secretario Nacional del Agua, quien expresa que "...esta Secretaría Nacional considera ilegal e improcedente la solicitud del Jefe del Cuerpo de Bomberos del Cantón Chone, para que se someta a su aprobación los planos de construcción del Proyecto Propósito Múltiple Chone, Fase Uno, Presa Río Grande, Desagüe San Antonio, por no existir norma legal o reglamentaria que sustente tal requerimiento".

El Secretario Nacional del Agua, adjunto a su oficio No. 09653 de 16 de enero de 2012, remite el memorando No. SENAGUA-CGAJ.4-2012-0132-M de 8 de febrero de 2012, suscrito por el Coordinador General de Asesoría Jurídica, quien cita el artículo 1 y 12 de la Ley de Defensa contra Incendios que establecen los cuerpos de bomberos. Cita también el artículo 9 del Reglamento General de la Ley de Defensa contra Incendios vigente y el artículo 9 del Reglamento de Prevención, Mitigación y Protección contra Incendios, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 114 de 2 de abril de 2009 y señala que el Reglamento referido en último término prevé lo siguiente: "Art. 2.- El reglamento material del presente acuerdo ministerial sustituye al Reglamento de Prevención de Incendios que fuere expedido mediante Acuerdo Ministerial No. 0650 de 8 de diciembre de 2006".

El Coordinador General del Asesoría Jurídica, en el memorando No. SENAGUA-CGAJ.4-2012-0132-M, añade lo siguiente:

"El Art. 9 del Reglamento de Prevención de Incendios derogado disponía lo siguiente: 'Art. 9.- Las municipalidades no deberán aprobar los planos de estos establecimientos, sin haber obtenido previamente el visto bueno del cuerpo de bomberos en materia de prevención de incendios'.

De lo expuesto, se desprende que la disposición reglamentaria invocada por el Jefe del Cuerpo de Bomberos del Cantón Chone, es el Art. 9 del Reglamento de Prevención de Incendios expedido mediante Acuerdo Ministerial No. 0650 de 8 de diciembre del 2006, publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 047 de 21 de marzo de 2007, que se encuentra derogado. Por tanto, no existe disposición reglamentaria alguna que sustente la petición del Jefe del Cuerpo de Bomberos de Chone".

Concluye el Coordinador General del Asesoría Jurídica, con el siguiente criterio institucional:

“Siguiendo la regla 18ª, del Art. 7 del Código Civil, ya invocada, si el contrato fue celebrado el 24 de julio del 2010, fecha en la cual regía el nuevo Reglamento de Prevención, Mitigación y Protección contra Incendios, esta norma reglamentaria no contiene disposición alguna que obligue someter a aprobación del Cuerpo de Bomberos los planos de construcción del proyecto.

Por lo expuesto, es criterio de esta Coordinación General de Asesoría Jurídica que al no existir disposición legal o reglamentaria alguna que obligue al Consorcio encargado de la construcción, o a la Secretaría Nacional del Agua, a presentar los planos para la construcción del Proyecto Propósito Múltiple Chone, Fase Uno, Presa Río Grande y Desagüe San Antonio, para aprobación del Cuerpo de Bomberos del Cantón Chone, la petición del Jefe este Cuerpo de Bomberos deviene en ilegal a improcedente y no puede ser atendida, bajo ninguna consideración”.

En el criterio del Asesor Jurídico del Cuerpo de Bomberos de Chone, contenido en oficio S/N de 26 de enero de 2012, se expresa lo siguiente:

“El Art. 40 de la Ley de Defensa contra Incendios señala que: “La concesión de permisos anuales y ocasionales, clausura de locales y todas las medidas necesarias para prevenir flagelos y sancionar las violaciones a la ley, corresponde a los jefes de cuerpos de bomberos”; así mismo el Art. 245 del mismo cuerpo legal manifiesta que “Permiso de ocupación, es el requisito de autorización que el Cuerpo de Bomberos extiende a toda edificación que previamente requirió el informe de visto bueno de edificación para ser habitado y entrar en funcionamiento”; de igual manera el Art. 8 de la referida Ley indica “Toda edificación que se enmarca en la Ley de Defensa contra Incendios, es decir de más de cuatro pisos o que alberguen a más de 25 personas o proyectos para industria, comercio, administración pública o privada; concentración de público, salud, educación, culto, almacenamiento y expendio de combustibles e inflamables, depósitos y expendio de explosivos y gas licuado de petróleo, hoteles, moteles, albergues, residenciales, bares, restaurantes, edificios administrativos, vehículos, hospitales, asilos, talleres, etc., deben construirse, equiparse, utilizarse y mantenerse en tal forma que reduzcan al mínimo el riesgo de INCENDIO, el de explosión, el riesgo interno y especialmente el riesgo a personas” y, concomitantemente el Art. 9 de la misma Ley expresa: “Las municipalidades no deberá aprobar los planos de estos establecimientos, sin haber obtenido previamente el visto bueno del Cuerpo de Bomberos en materia de prevención de incendios”. Señor Procurador en relación

a las disposiciones legales expuestas estoy justificando legalmente el derecho que le asiste al Cuerpo de Bomberos de Chone a cobrar los rubros, referente a la aprobación de planos de construcción”.

La Ley de Defensa contra Incendios en su artículo 53 trata sobre la aprobación de planos, en los siguientes términos:

“Art. 53.- Las municipalidades no podrán aprobar los planos de establecimientos industriales, fabriles, de concentración de público y de edificaciones de más de cuatro pisos, sin haber obtenido previamente el visto bueno del Primer Jefe del Cuerpo de Bomberos de la respectiva localidad en cuanto a prevención y seguridad contra incendios.

Si una vez concluida la edificación, ésta no guardare conformidad con los planos aprobados en cuanto a prevención y seguridad contra incendios, el nombrado Jefe del Cuerpo de Bomberos exigirá el inmediato cumplimiento de las medidas preventivas, previamente a la ocupación de tal edificación.”

El Reglamento de Prevención, Mitigación y Protección contra Incendios, en vigencia fue expedido mediante Acuerdo Ministerial No. 1257, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 114 de 2 de abril de 2009 y sustituyó al Reglamento de Prevención de Incendios expedido mediante Acuerdo Ministerial No. 0650 de 8 de diciembre del 2006, al que hace referencia el criterio del Aseor Jurídico del Cuerpo de Bomberos del Cantón Chone.

Con esta aclaración, cabe señalar que el artículo 122 del vigente Reglamento de Prevención, Mitigación y Protección contra Incendios, bajo el título “Disposiciones Generales de Protección contra Incendios para toda Edificación”, prevé en qué casos se está obligado a adoptar las medidas de prevención de dicho reglamento:

“Art. 122.- Toda edificación que se enmarca en la Ley de Defensa Contra Incendios, es decir de más de 4 pisos, o que alberguen más de 25 personas, o edificaciones de uso exclusivo de vivienda que tengan más de quinientos metros cuadrados (500 m²), proyectos para la industria, proyectos arquitectónicos y de ingeniería, en edificaciones existentes, nuevas, ampliaciones y modificaciones, sean éstas públicas, privadas o mixtas, tales como: comercio, servicios, educativos, hospitalarios, alojamiento, concentración de público, industrias, transportes, parqueaderos, almacenamiento y expendio de combustibles o productos químicos peligrosos y de toda actividad que represente riesgo de incendio y espe-

cialmente el riesgo personal adoptará las normas de protección descritas en el presente reglamento.”

De otra parte, con relación a la aprobación de planos, el artículo 330 del Reglamento de Prevención, Mitigación y Protección contra Incendios dispone que “Todo proyecto urbanístico requiere obtener el respectivo visto bueno de planos para edificación con el sistema de prevención contra incendios previo al registro de planos por parte del Municipio de cada jurisdicción”.

De los artículos 53 de la Ley de Defensa contra Incendios y 330 del Reglamento de Prevención, Mitigación y Protección contra Incendios, se colige que los establecimientos industriales, fabriles, de concentración de público y de edificaciones de más de cuatro pisos, así como todo proyecto urbanístico requiere el visto bueno del Cuerpo de Bomberos de la jurisdicción y en el caso de las obras que no se ajusten a cualquiera de estos presupuestos, no corresponde otorgar el visto bueno de los planos por parte del Cuerpo de Bomberos de Chone.

Así mismo del artículo 122 del Reglamento de Prevención, Mitigación y Protección contra Incendios se establece que el tipo de edificaciones que en el mismo se señalan, entre ellos “proyectos para la industria, proyectos arquitectónicos y de ingeniería, en edificaciones existentes, nuevas, ampliaciones y modificaciones, sean éstas públicas, privadas o mixtas”, deben cumplir las normas de protección descritas en dicho reglamento.

Finalmente, al tratarse de actuaciones del sector público, corresponde referirme al principio de legalidad establecido en el artículo 226 de la Constitución de la República que determina que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.

Por lo expuesto, en atención a su consulta, en aplicación de los artículos 53 de la Ley de Defensa contra Incendios y 330 del Reglamento de Prevención, Mitigación y Protección contra Incendios, se concluye que se requiere que los Cuerpos de Bomberos otorguen el visto bueno de los planos y, por tanto, cobren la tasa correspondiente, exclusivamente cuando se trata de establecimientos industriales, fabriles, de concentración de público y de edificaciones de más de cuatro pisos, así como todo proyecto urbanístico, de manera que, en el caso específico de la consulta, la aprobación de los planos del proyecto solo sería procedente de estar en uno de los casos previstos en las normas antes referidas.

Se aclara que este pronunciamiento se limita a la inteligencia o aplicación de la norma legal, sin que sea competencia de la Procuraduría General del Estado el pronunciarse sobre un caso particular.

OF. PGE. N°: 06647, de 27-02-2012

BOMBEROS: COMPETENCIA PARA CONFORMAR EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN Y DISCIPLINA

ENTIDAD CONSULTANTE: CUERPO DE BOMBEROS MUNICIPAL DEL
CANTÓN BABAHOYO

CONSULTA:

“Si al haber sido transferido el Cuerpo de Bomberos Municipal del Cantón Babahoyo, al Gobierno Autónomo Descentralizado de este Cantón, debe acoger dentro de su estructura Administrativa, la conformación del Consejo de Administración y Disciplina establecido en el artículo 16 de la Ordenanza Municipal de Institucionalización del Cuerpo de Bomberos Municipal del Cantón Babahoyo, o debería allanarse a la conformación estipulada en el artículo 8 de la Ley de Defensa Contra Incendios, y artículo 74 del Reglamento de la referida Ley, por ser esta jerárquicamente superior”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 13, 238, 264 y 425.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 5, 6, 55 lit. m) y 140.

Ley de Defensa contra Incendios Arts. 7, 8, 10 y 19.

Ordenanza de Institucionalización del Cuerpo de Bomberos Municipal del Cantón Babahoyo Arts. 9, 13 14 lits. a) y b) y 16.

A. M. N° 3116 Art. 1.

PRONUNCIAMIENTO:

De manera previa a atender su requerimiento, mediante oficio No. 6343 de 13 de febrero de 2012, esta Procuraduría solicitó el criterio institucional del Municipio de Babahoyo respecto al caso planteado, el cual fue atendido por la Alcaldesa del Cantón en oficio No. 111-GADM-CB-2012 de 23 de febrero de 2012, ingresado

a esta Procuraduría el 5 de marzo del presente año, al que adjunta copia del oficio SIND-243-2012 KCHB de 24 de febrero de 2012, que contiene el criterio jurídico del Procurador Síndico Municipal de Babahoyo.

En su oficio manifiesta que, la conformación del actual Consejo de Administración y Disciplina del Cuerpo de Bomberos Municipal del Cantón Babahoyo, se enmarca dentro de lo que estipula la Ley de Defensa contra Incendios, mas no en la Ordenanza de Institucionalización del Cuerpo de Bomberos del Cantón Babahoyo.

Expresa en su oficio que, “mediante Decreto Ejecutivo No. 3116 de 10 de julio del 2011 (sic), publicado en el Registro Oficial No. 347 del 23 de julio del 2001, se transfiere al Municipio de Babahoyo el Cuerpo de Bomberos de Babahoyo, y las atribuciones que en relación a la materia y conforme la Ley de Defensa Contra Incendios, había venido ejerciendo el Ex -Ministerio de Bienestar Social; con fecha 12 de abril de 2002, se publicó en el Registro Oficial No. 554, la Ordenanza de Institucionalización del Cuerpo de Bomberos del Cantón Babahoyo; habiéndose firmado con fecha 22 de Mayo de 2003, el Convenio de Transferencia entre el Ex -Ministerio de Bienestar Social y la Municipalidad de Babahoyo, transfiriéndose así las potestades, atribuciones y recursos del Cuerpo de Bomberos a la Municipalidad de Babahoyo”.

En el oficio No. 006 DAJ-CBM-B de 31 de enero de 2012 anexado a su consulta, el Asesor Jurídico del Cuerpo de Bomberos Municipal del Cantón Babahoyo menciona entre otras disposiciones, el artículo 425 de la Constitución de la República relativo a orden jerárquico de aplicación de las normas; los artículos 238 de la citada Constitución, 5 y 6 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, relacionados con la autonomía política, administrativa y financiera de los gobiernos autónomos descentralizados, el artículo 140 del citado COOTAD referido al ejercicio de la competencia de gestión de riesgos; el artículo 8 de la Ley de Defensa Contra Incendios que contempla la estructura de los Consejos de Administración y Disciplina de los cuerpos de bomberos de las capitales de provincia; el Acuerdo de Transferencia del Cuerpo de Bomberos expedido por el Ministro de Bienestar Social (actual Ministra de Inclusión Económica y Social); la Ordenanza de Institucionalización del Cuerpo de Bomberos del Cantón Babahoyo; así como, el Convenio de Transferencia de potestades, atribuciones y recursos del Cuerpo de Bomberos de Babahoyo suscrito entre el Ministro de Bienestar Social (actual Ministro/a de Inclusión Económica y Social), el Alcalde del Municipio del Cantón Babahoyo y el jefe del Cuerpo de Bomberos de ese Cantón.

En atención a los antecedentes señalados, el Asesor Jurídico del Cuerpo de Bomberos Municipal del Cantón Babahoyo concluye manifestando que, “siendo la Constitución de la República del Ecuador la norma suprema prevaleciendo sobre cualquier ordenamiento jurídico, amparándome en el principio de competencia y la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos de descentralizados señalado en el artículo 425 de la norma suprema en aplicación al contenido de las disposiciones constitucionales, legales, y reglamentarias invocadas considero que al haberse transferido las potestades, atribuciones y recursos del Cuerpo de Bomberos a la Municipalidad de Babahoyo; al estar vigente la Ordenanza de Institucionalización de Cuerpo de Bomberos Municipal del Cantón Babahoyo, y por ende su estructura administrativa, y los niveles jerárquicos establecidos en ese cuerpo normativo, en virtud de lo cual se debe sujetarse a la normativa establecida en la referida Ordenanza Municipal, en cuanto a quienes deben integrar el Consejo de Administración y Disciplina del Cuerpo de Bomberos Municipal del Cantón Babahoyo, y a la Ley de Defensa contra Incendios en lo que fuere aplicable”.

Añade el Asesor Jurídico del Cuerpo de Bomberos Municipal del Cantón Babahoyo expresando que, “No obstante de lo expuesto y de las normas legales antes citadas es facultad del Directorio de Cuerpo de Bomberos Municipal de Babahoyo, determinar la aplicación de los artículos 9, 13, y literales a) y b) del artículo 14 de la Ordenanza citada en líneas anteriores, y de los preceptos jurídicos establecidos en dicho cuerpo legal; y, al alcalde o alcaldesa corresponde designar a sus representantes institucionales en el respectivo cuerpo colegiado”.

En el oficio No. 111-GADM-CB-2012 de 23 de febrero de 2012, la Alcaldesa del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Babahoyo manifiesta que, mediante Acuerdo No. 3116 de 10 de julio del 2001, “el Ministerio de Bienestar Social (actual Ministerio de Inclusión Económica y Social) transfiere al Municipio de Babahoyo, el Cuerpo de Bomberos de nuestra localidad; con este antecedente, el Concejo Municipal emite el 15 de febrero del 2002, la Ordenanza de Institucionalización del Cuerpo de Bomberos de Babahoyo”.

Concluye la Alcaldesa del Municipio de Babahoyo, expresando que “la Ordenanza emitida por el Concejo Municipal, no desconoce el Marco General de la Ley de Defensa contra Incendios, por el contrario, regula sus procedimientos en base a dicha ley, y lógicamente al ser una entidad adscrita al Gobierno Municipal, adapta su estructura y accionar a la realidad circundante en el Cantón, virtud por el cual, es nuestro criterio, que dicha Ordenanza está en plena vigencia y debe ser observada y acatada plenamente por la entidad bomberil adscrita al Gobierno Municipal de Babahoyo”.

En el oficio No. SIND-243-2012 KCHB de 24 de febrero de 2012, el Procurador Síndico Municipal de Babahoyo concluye manifestando que “al haberse transferido las potestades, atribuciones y recursos del Cuerpo de Bomberos a la Municipalidad de Babahoyo, y asumirlas mediante la expedición y puesta en vigencia de la Ordenanza de Institucionalización del Cuerpo de Bomberos del Cantón Babahoyo, publicada en el Registro Oficial No. 554 de abril 12 del 2002, donde se determina su estructura administrativa y la conformación del Consejo de Administración y Disciplina, debe aplicarse lo que dispone la Ordenanza respectiva, debiendo tenerse a la Ley de Defensa contra Incendios como Ley Especial y supletoria”.

De conformidad con el artículo 1 del Acuerdo Ministerial No. 3116, se transfiere al Municipio de Babahoyo, “el Cuerpo de Bomberos y las atribuciones que, en relación con la materia y conforme a la Ley de Defensa contra Incendios, ha venido ejerciendo el Ministerio de Bienestar Social”.

Del Convenio de transferencia anexo a su consulta, suscrito el 22 de mayo de 2003 entre el Ministro de Bienestar Social (actual Ministro/a de Inclusión Económica y Social), el Alcalde del Municipio del Cantón Babahoyo y el Jefe del Cuerpo de Bomberos de ese Cantón, en la Disposición Transitoria se estableció que “Hasta que se promulgue la Ordenanza, el Cuerpo de Bomberos de Babahoyo, deberá administrarse y funcionar bajo las estipulaciones de la Ley de Defensa contra Incendios y sus reglamentos y dependerá jerárquicamente del Alcalde de Babahoyo”.

El numeral 13 del artículo 264 de la Constitución de la República establece que los gobiernos municipales tendrán competencias exclusivas para: “Gestionar los servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendios”.

En este sentido, la letra m) del artículo 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización contempla que los gobiernos autónomos descentralizados municipales tendrán competencias exclusivas para “Gestionar los servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendios”.

El artículo 140 del mencionado Código Orgánico referido al ejercicio de la competencia de gestión de riesgos, en el inciso tercero dispone lo siguiente:

“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”.

Según consta de la primera consulta del pronunciamiento contenido en el oficio No. 3806 de 20 de septiembre de 2011, en atención a varias consultas formuladas por el Primer Jefe del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito respecto a las normas que rigen al Cuerpo de Bomberos de ese Distrito, esta Procuraduría se pronunció en el siguiente sentido:

“La Ley de Defensa contra Incendios no ha sido derogada en forma expresa, sin embargo, la competencia en esa materia ya no corresponde únicamente al gobierno central, a través del Ministerio de Bienestar Social (hoy Inclusión Económica y Social), en virtud de que se ha asignado a las Municipalidades, por el numeral 13 del artículo 264 de la Constitución de la República y la letra m) del artículo 55 del vigente COOTAD, dejando vigente en la Ley de Defensa contra Incendios, las demás normas que rigen esa materia”.

Adicionalmente, en el mismo pronunciamiento No. 3806, esta Procuraduría se pronunció, respecto del Consejo de Administración y Disciplina de los Cuerpos de Bomberos, en los siguientes términos:

“...el Consejo de Administración y Disciplina determinado en el artículo 7 de la Ley de Defensa contra Incendios, es el órgano al que corresponde asumir las funciones y atribuciones establecidas en el artículo 10 de esa Ley, sin perjuicio de las demás que le asigne la Ordenanza de Institucionalización del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito”.

Por su parte, el artículo 8 de la Ley de Defensa contra Incendios que es motivo de su consulta, establece que en los cuerpos de bomberos de las capitales de provincia (excepto Quito, Guayaquil y Cuenca) existirá un Consejo de Administración y Disciplina integrado por el Primer Jefe, que lo presidirá; un representante de los propietarios de predios urbanos designado por el Ministro de Bienestar Social (actual Ministro/a de Inclusión Económica y Social); un representante de la Municipalidad; el Jefe Político; y, el oficial superior más antiguo de dichos cuerpos de bomberos.

La Ordenanza de Institucionalización del Cuerpo de Bomberos del Cantón Bahoyo sobre la que trata su consulta, fue publicada en el Registro Oficial No.

554 de 12 de abril del 2002, esto es, antes de la vigencia del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD.

Dicha Ordenanza en su artículo 1 establece que el Cuerpo de Bomberos del Cantón Babahoyo, se constituye como una entidad municipal, descentralizada, con autonomía administrativa, operativa, financiera y personería jurídica propia conforme a la ley, adscrito al Ilustre Municipio de Babahoyo. Agrega que, regulará sus procedimientos en base a lo que establecía la derogada Ley de Régimen Municipal, “en la Ley de Defensa contra Incendios, en sus propios estatutos y reglamentos, las ordenanzas expedidas por el concejo Cantonal y las resoluciones emitidas por su Directorio”.

El artículo 16 de la mencionada Ordenanza contempla que el Cuerpo de Bomberos Municipal de Babahoyo contará con un Consejo de Administración y Disciplina integrado por el Primer Jefe del Cuerpo de Bomberos Municipal de Babahoyo, quien lo presidirá; un delegado designado por el Alcalde; un representante de las brigadas barriales; un oficial de Brigada más antiguo del Cuerpo de Bomberos; y, un representante del personal de tropa.

De lo expuesto se desprende que el artículo 16 de la Ordenanza de Institucionalización del Cuerpo de Bomberos de Babahoyo, ha previsto una conformación del Consejo de Administración y Disciplina, distinta a la dispuesta por el artículo 8 de la Ley de Defensa contra Incendios.

En el caso consultado, al existir conflicto de normas respecto de la conformación del Consejo de Administración y Disciplina del Cuerpo de Bomberos de Babahoyo, prevalecerán las disposiciones de la Ley de Defensa contra Incendios, sobre la Ordenanza de Institucionalización del Cuerpo de Bomberos del Cantón Babahoyo, en atención al principio de jerarquía normativa, previsto en el artículo 425 de la Constitución de la República, conforme al siguiente orden: “La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”.

Por lo expuesto, en atención al orden jerárquico de aplicación de las normas, previsto en el artículo 425 de la Constitución de la República, y al artículo 140 del COOTAD, según el cual, los cuerpos de bomberos del país son considerados entidades adscritas a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, que funcionarán observando la ley especial y normativas vigentes a las que estarán sujetos, se concluye que el Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Ba-

bahoyo, debe conformar el Consejo de Administración y Disciplina del Cuerpo de Bomberos de ese Cantón, según la estructura prevista en el artículo 8 de la Ley de Defensa contra Incendios antes referido.

OF. PGE. N°: 07261, de 3-04-2012

CESANTÍA: IMPROCEDENCIA DE PAGO DE TRANSFERENCIAS SOLIDARIAS MENSUALES A JUBILADOS

ENTIDAD CONSULTANTE: COMISIÓN DE TRÁNSITO DEL ECUADOR

CONSULTAS:

1. “¿Es procedente que la Caja de Cesantía del Cuerpo de Vigilantes de la Comisión de Tránsito del Ecuador, aplique lo ordenado en el Decreto No. 172 y pague las transferencias solidarias mensuales?”
2. “¿Es procedente que en aplicación del Art. 172, la Comisión de Tránsito del Ecuador, tenga que pagar directo de sus arcas a los jubilados por la Caja de Cesantía del Cuerpo de Vigilantes, la mencionada transferencia solidaria mensual?”

BASES LEGALES:

- Constitución Política de la República del Ecuador Art. 61 (derogada)
- Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado Art. 13.
- Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial Disp. Gen. Décimo Sexta.
- Código Civil Art. 18
- Ley de Personal del Cuerpo de Vigilantes de la Comisión de Tránsito del Ecuador Arts. 77, 82 y 86.
- Ley de Cesantía y Mortuoria para los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Guayas Art. 1.
- Ley de Seguridad Social Art. 304.
- Reglamento General de Prestaciones y Servicios de la Caja de Cesantía del Cuerpo de Vigilantes de la CTE Arts. 3, 25, 34 y 35.
- D. E. N° 172
- Res. de la Procuraduría General Del Estado N° 017.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 07602 de 2 de mayo de 2012, la Procuraduría General del Estado, en base del inciso segundo del artículo 13 de la Codificación de su Ley Orgánica y el Art. 4 de la Resolución No. 017, expedida por este Organismo, le solicitó remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado del Asesor Jurídico de la Comisión, lo cual fue atendido mediante oficio No. 662-DEJ-CTE de 8 de mayo de 2012, ingresado a esta Entidad el 9 de mayo del año en curso.

Adicionalmente, con oficio No. 07907 de 18 de mayo de 2012, este Organismo le requirió remitir copia certificada del “Reglamento de la Caja de Cesantía del Cuerpo de Vigilantes de la CTE, aprobado por el Directorio de CTE, en sesión de 15 de noviembre de 2011, mediante Resolución No. 006-DIR-2011-CTE”, referido en el criterio jurídico de la entidad consultante, contenido en el oficio No. 0661-AJ-CTE de 16 de abril de 2012, habiendo recibido respuesta a través del oficio No. 696-DEJ-CTE de 22 de mayo de 2012, ingresado a la Procuraduría General del Estado el 23 de mayo de 2012.

En el oficio de consulta, señala como antecedentes que el señor Antenor Virgilio Gómez Farías, por sus propios derechos y como procurador común de los jubilados de dicha Caja, en su calidad de ex miembro del Cuerpo de Vigilantes de la CTE y jubilado por la Caja de Cesantía del Cuerpo de Vigilantes de la CTE, solicita el pago de una transferencia solidaria basado en lo que disponen los Arts. 1, 2 y siguientes del Decreto No. 172 de 7 de diciembre de 2009. Copia certificada de la referida solicitud ha sido remitida a esta Procuraduría.

El criterio jurídico de la entidad consultante, consta en el oficio No. 0661-AJ-CTE de 16 de abril de 2012, suscrito por el Asesor Jurídico de la Comisión de Tránsito del Ecuador, quien respecto al Decreto Ejecutivo 172, en que fundamentan su solicitud los peticionarios, señala los Decretos Ejecutivos que constituyen antecedente del Decreto Ejecutivo No. 172 y expresa que los mismos no son aplicables a los fondos privados de jubilación complementaria creados por ley.

Cita además el artículo 82 de la Ley de Personal del Cuerpo de Vigilantes de la Comisión de Tránsito del Ecuador (antes Comisión de Tránsito del Guayas), así como los artículos 34 y 35 del Reglamento General de Prestaciones y Servicios de la Caja de Cesantía del Cuerpo de Vigilantes de la Comisión de Tránsito del Ecuador y concluye con el siguiente criterio jurídico, que consta en el acápite III del oficio No. 0661-AJ-CTE de 16 de abril de 2012:

“3.1. Analizados los antecedentes y normativa citada, se concluye lo siguiente:

3.1.1.- Que la Caja de Cesantía del Cuerpo de Vigilantes de la CTE, viene pagando regularmente las pensiones jubilares a favor de los ex uniformados jubilados.

3.1.2.- Que el Decreto 172, no es aplicable para la CAJA DE CESANTIA del Cuerpo de Vigilantes de la CTE por ser un Organismo creado por la Ley.

3.1.3.- Que existe el criterio vinculante de la misma Procuraduría de Estado, sobre la inaplicabilidad del Decreto 172, para los Fondos de Jubilación Complementaria creados por Ley. (Véase Of. PGE No. 11735 de 15 de enero de 2012), producto de una consulta elevada por la Universidad Nacional de Chimborazo; que, aunque es específico para esa entidad consultante, es un precedente válido, sobre la inaplicabilidad, en este caso para la Caja de Cesantía del Cuerpo de Vigilantes de la CTE.

3.1.4.- Que la Comisión de Tránsito del Ecuador, jamás ha contado ni cuenta con ningún instrumento en el que de forma oficial y/o administrativa se haya establecido con anterioridad al Decreto 172, algún tipo de pensiones JUBILARES, o de alguna otra prestación social complementaria, ni para los ex miembros del Cuerpo de Vigilantes, ni para los ex empleados civiles amparados bajo la LOSCCA (hoy Ley del Servicio Público) ni para aquellos sujetos al Código del Trabajo.

3.1.5.- Como consecuencia de lo anterior, el Decreto 172 tampoco es aplicable para la Comisión de Tránsito del Ecuador, ya que jamás ha concedido pensiones jubilares ni ningún tipo de prestación social complementaria, para ninguno de sus servidores.

3.1.6.- En consecuencia, por los fundamentos de hecho y derecho expuestos, no es procedente la solicitud del señor ANTENOR VIRGILIO GÓMEZ FARÍAS, quien queda en libertad de ejercer las acciones legales que considere pertinente, en caso de considerar que la negativa de su solicitud perjudica a sus intereses y los de sus representados”.

En virtud de que las consultas por usted formuladas se refieren a un mismo tema, éstas serán analizadas de manera conjunta.

La Disposición General Décimo Sexta de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial determinó lo siguiente:

“DECIMASEXTA.- Deróguese la Ley Sustitutiva de la Ley de Creación de la Comisión de Tránsito de la Provincia del Guayas, publicada en el Registro Oficial 202 del 1 de junio de 1999, así como su Reglamento y las demás disposiciones que le otorguen atribuciones y competencias, a excepción de la Ley de Personal del Cuerpo de Vigilancia de la Comisión de Tránsito del Guayas, publicada en el Registro Oficial 805 del 10 de agosto de 1984 y la Ley de Cesantía y Mortuoria para los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Guayas, publicada en el Registro Oficial 910 del 8 de abril de 1988 y las normas que se refieran a estas dos últimas leyes”.

Con respecto a la Disposición General antes citada, esta Procuraduría mediante oficio No. 14785 de 18 de junio de 2010, con motivo de la consulta formulada por la Comisión de Tránsito del Guayas, respecto de la aplicación de la normativa expedida por la Superintendencia de Bancos y Seguros relativa a los Fondos de Cesantía, se pronunció en los siguientes términos:

“Como se puede observar, el legislador a través de una Ley posterior a la Ley de Seguridad Social, de manera expresa ratifica la vigencia del régimen legal especial que con relación a las prestaciones previsionales rige para el Cuerpo de Vigilancia y para los empleados civiles de la Comisión de Tránsito del Guayas (entidad actualmente integrada a la Comisión de Tránsito del Ecuador)”.

El artículo 77 de la Ley de Personal del Cuerpo de Vigilancia de la Comisión de Tránsito del Guayas, actual Comisión de Tránsito del Ecuador, establece que los miembros de ese Cuerpo, cuyo retiro se efectúe con sujeción a las disposiciones de esa Ley, tienen derecho por una sola vez, a recibir una cantidad fija con cargo a la Caja de Cesantía. El artículo 82 de la misma Ley dispone que la Caja de Cesantía del Cuerpo de Vigilancia de la Comisión de Tránsito del Guayas, tiene por objeto organizar los servicios sociales que determina esa ley, y cubrir los gastos que ellos demanden, que son, entre otros: “a) El seguro de Cesantía;... f) Los gastos mortuorios de los oficiales y miembros de tropa”.

El artículo 86 de la citada Ley de Personal del Cuerpo de Vigilancia de la Comisión de Tránsito del Guayas, actual Comisión de Tránsito del Ecuador, dispone que “La Caja de Cesantía funcionará adscrita al Departamento Financiero de la Institución, pero sus fondos serán administrados exclusivamente por el Consejo de Administración”.

La Ley de Cesantía y Mortuoria para los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Guayas, (Ley 85), en su artículo 1 establece un fondo especial a favor de los empleados civiles de la CTG que queden cesantes o que fallecieren du-

rante el ejercicio de sus funciones, prestaciones que se financian de conformidad con el artículo 2 de esa ley, con aportes provenientes del presupuesto anual de esa institución y de los propios empleados beneficiarios.

Como se observa de los artículos 77 y 86 de la Ley de Personal del Cuerpo de Vigilancia de la Comisión de Tránsito del Guayas, la Caja de Cesantía del Cuerpo de Vigilantes de la Comisión de Tránsito del Ecuador (antes Comisión de Tránsito del Guayas), a que se refiere su consulta, fue creada mediante ley.

El artículo 61 de la Constitución Política de 1998, preveía que los seguros complementarios se financiaban con el aporte de los asegurados y los empleadores, estaban orientados a proteger contingencias de seguridad social no cubiertas por el seguro general obligatorio o a mejorar sus prestaciones, y tenían el carácter opcional.

La vigente Constitución de la República no contempla disposición alguna relacionada con seguros complementarios.

El artículo 304 de la Ley de Seguridad Social, determina como se integra el Sistema Nacional de Seguridad Social, que incluye al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), al Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA), al Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional (ISSPOL), las Unidades Médicas Prestadoras de Salud (UMPS), así como las personas jurídicas que administran programas de seguros complementarios de propiedad privada, pública o mixta.

El Decreto Ejecutivo No. 172, que motiva su consulta, en el artículo 1 dispone lo siguiente:

“Los ex servidores públicos o jubilados de las entidades del sector público que hasta el 31 de diciembre del 2008 venían percibiendo una pensión jubilataria ya sea de fondos privados de jubilación complementaria o de cesantía, bajo cualquier denominación que estos tuvieran, o directamente del presupuesto institucional, pasarán a percibir una transferencia mensual, directa, unilateral y vitalicia con fines de asistencia social y solidaria, en adelante transferencia solidaria, con cargo a su respectivo presupuesto institucional o Presupuesto General del Estado de ser el caso, en los montos y con las limitaciones establecidas en este decreto”.

Cabe señalar que con la expedición del Decreto Ejecutivo No. 172, publicado en el Registro Oficial No. 90 de 17 de diciembre de 2009, se derogaron los Decretos

Ejecutivos Nos. 1647 y 1675, publicados en los Registro Oficiales Nos. 564 y 580 de 6 y 29 de abril de 2009, en su orden.

A fin de determinar el alcance de la disposición del Decreto Ejecutivo No. 172, antes citada, corresponde aplicar la regla primera del artículo 18 del Código Civil, que prevé:

“1. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.

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.”.

Entonces, es necesario referirse a los antecedentes del Decreto Ejecutivo No. 172, que constituyen “la historia fidedigna de su establecimiento”. En este contexto, el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 1406 publicado en el Registro Oficial No. 462 de 7 de noviembre de 2008, reformado por el Decreto Ejecutivo No. 1493 publicado en el Registro Oficial No. 501 de 7 de enero de 2009, dispone que: “A partir del 1 de enero de 2009 no se egresará, a título alguno, recursos del Presupuesto General del Estado destinados a financiar Fondos Privados de Jubilación Complementaria y de Cesantía Privada, bajo cualquier nombre o denominación, de entidades del sector público”.

Posteriormente, el Decreto Ejecutivo No. 1684, publicado en el Registro Oficial No. 582 de 4 de mayo de 2009, en el artículo 1 establecía que mientras la Ley no disponga lo contrario, “aclárese que los Decretos Ejecutivos 1406, 1493, 1647 y 1675, de octubre 24 y diciembre 19 del 2008, marzo 25 y abril 15 del 2009, respectivamente, no son aplicables a todos aquellos fondos de jubilación y cesantía que hubieren sido creados por Ley”; y, en su artículo 2 dispone al Ministerio de Economía y Finanzas, que acredite mensualmente desde enero del 2009, los dineros que correspondan “a todos aquellos fondos de jubilación y cesantía que hubieren sido creados por ley”. El indicado Decreto Ejecutivo No. 1684 no ha sido derogado por el Decreto Ejecutivo No. 172, que sí derogó los Decretos Ejecutivos 1647 y 1675.

De otra parte, entre la documentación remitida a pedido de esta Procuraduría consta copia certificada de la Resolución No. 006-DIR-2011-CTE de 15 de noviembre de 2011, por la cual se expidió el Reglamento vigente de la Caja de Cesantía del Cuerpo de Vigilantes de la CTE, aprobado por el Directorio de CTE, cuya disposición final fue reformada mediante Resolución No. 009-DIR-2011-

CTE de 6 de diciembre de 2011, que dispuso la vigencia del citado Reglamento a partir de 1 de enero de 2012. El indicado Reglamento en su artículo 3 establece lo siguiente:

“Art.3.- Riesgos Cubiertos.- Son riesgos cubiertos los de cesantía y vejez, mientras que los beneficios o servicios sociales son los gastos de mortuoria, seguro de vida potestativo, y otros que establezca este Reglamento”.

En concordancia, el artículo 25 del Reglamento vigente de la Caja de Cesantía del Cuerpo de Vigilantes de la CTE señala entre las prestaciones de la Caja de Cesantía, en la letra b) la de “Jubilación por vejez”, la cual es definida en el artículo 34 *ibídem* como “una prestación social complementaria a la que se hace acreedor el miembro del Cuerpo de Vigilantes que ha aportado a la Caja de Cesantía hasta el cese de sus funciones y que se separa de la Comisión de Tránsito del Ecuador, mediante la baja”.

Del análisis jurídico precedente, se establece que la Caja de Cesantía del Cuerpo de Vigilantes de la Comisión de Tránsito del Ecuador fue creada por el artículo 77 de la Ley de Personal del Cuerpo de Vigilancia de la Comisión de Tránsito del Guayas, actual Comisión de Tránsito del Ecuador, por lo que el ámbito del Decreto Ejecutivo No.172, referido a las transferencias solidarias dispuestas en la indicada norma, no incluye a dicha Caja, según previó el Decreto Ejecutivo No. 1684 y en consecuencia, en atención a su primera consulta se concluye que no es procedente que la Caja de Cesantía del Cuerpo de Vigilantes de la Comisión de Tránsito del Ecuador, pague una transferencia solidaria, ya que la Caja de Cesantía del Cuerpo de Vigilantes de la Comisión de Tránsito del Ecuador confiere la pensión de jubilación complementaria por vejez y al ser un fondo creado por ley, no está regulado por el Decreto Ejecutivo No. 172.

Con los mismos fundamentos jurídicos y en armonía con lo señalado al atender su primera consulta, con relación a su segunda consulta se concluye que no es procedente que la Comisión de Tránsito del Ecuador, en aplicación del Art. 172 (entendemos que se refiere al Decreto No. 172), pague directamente a los jubilados por la Caja de Cesantía del Cuerpo de Vigilantes, la transferencia solidaria mensual, establecida en el indicado Decreto Ejecutivo No. 172.

OF. PGE. N°: 08568, de 29-06-2012

COMISIÓN DE SERVICIOS CON REMUNERACIÓN PARA ESTUDIOS DE POSGRADO: DOCENTES

ENTIDAD CONSULTANTE: UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO,
UNACH

CONSULTA:

“¿Es procedente que la Universidad Nacional de Chimborazo, otorgue comisión de servicios con remuneración, a los servidores de carrera de la Universidad, conforme el Art. 30 de la LOSEP, para efectuar estudios regulares de postgrado, pese a que son beneficiarios de una beca por parte de la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia Tecnología e Innovación (SENESCYT)?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 234 y 355.

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 23, 28 lit. b), 30, 84; y, 49, 50 y 207 de su Reglamento.

Ley Orgánica de Educación Superior Arts. 17, 70, 118, 119, 157 y 158.

Código Civil Art. 18 num. 1.

PRONUNCIAMIENTO:

En el oficio de consulta se manifiesta que los señores, Ing. Benito Mendoza Trujillo e Ing. Oscar Alfredo Cevallos Velásquez, son servidores de carrera de la Universidad Nacional de Chimborazo, que no tienen la calidad de docentes, pero fueron beneficiarios de las Becas para estudios de postgrado que viene otorgando la Secretaría Nacional de Educación Superior Ciencia y Tecnología e Innovación (SENESCYT), para realizar estudios en Italia, razón por la cual, amparados en el Art. 30 de la LOSEP, solicitan comisión de servicios con remuneración.

Al oficio de consulta se anexa el oficio s/n y sin fecha que contiene el informe jurídico del Procurador General de la Universidad Nacional de Chimborazo, UNACH, quien, con fundamento en los artículos 234 de la Constitución de la República, 30 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 50 de su Reglamento General de Aplicación, concluye manifestando lo siguiente:

“El numeral 1 del Art. 18 del Código Civil, dispone que cuando el sentido de la Ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu; en tal sentido es criterio de la Procuraduría General de la UNACH, que atendiendo el tenor literal del Art. 30 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), específicamente el inciso cuarto que establece: “Para efectuar estudios regulares

de posgrados, reuniones, conferencias, pasantías y visitas de observación en el exterior o en el país, que beneficien a la Administración Pública, se concederá comisión de servicios hasta por dos años, previo dictamen favorable de la unidad de administración del talento humano, siempre que la servidora o servidor hubiere cumplido un año de servicio en la institución donde trabaja". Es procedente conceder comisión de servicios con remuneración a los servidores de carrera de la UNACH, que han sido beneficiados de becas, de otro organismo del sector público como es la SENESCYT, siempre y cuando cumplan con los requisitos legales esto es que se beneficie la administración pública y que hayan cumplido un año de servicios en la institución.

Por el hecho que ya hayan recibido una beca del estado, no les impide ninguna norma legal o disposición superior que puedan ser beneficiarios de una comisión de servicios con remuneración, ya que como determina la norma legal de la LO-SEP antes citada, por la capacitación que reciban los servidores la administración pública se va a ver beneficiada en el futuro".

Mediante oficio No. SENESCYT-CGAJ-CO-0555-2011 de 9 de septiembre de 2011, la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, en atención al requerimiento formulado por esta Procuraduría con motivo de una consulta planteada a la Procuraduría General del Estado por la Escuela Superior Politécnica del Chimborazo, ESPOCH, dicha Secretaría manifestó lo siguiente:

"Las becas otorgadas por la SENESCYT, se constituyen en una política pública tendiente a promover la generación y producción de conocimiento, el fomento de la investigación científica y tecnológica, con miras a impulsar la producción nacional, elevar la eficiencia y productividad, mejorar la calidad de vida y contribuir a la realización del buen vivir, mediante la capacitación de profesionales, docentes e investigadores ecuatorianos; lo que no se constituye en remuneración alguna".

"Es potestativo de las Universidades o Escuelas Politécnicas, otorgar comisiones o licencias con o sin remuneración a sus servidores docentes, sean estos principales, agregados o auxiliares, pero para el caso específico, el no conceder las comisiones de servicio o licencias, a los docentes que se han beneficiado de las becas otorgadas por la SENESCYT, puede constituirse en un incumplimiento de las obligaciones estatales de capacitar a su personal docente, y además significaría un retroceso en la política de promover la generación y producción de conocimiento, el fomento de la investigación científica y tecnológica".

Mediante oficio No. 03853 de 23 de septiembre de 2011, en atención a la consulta planteada por el Rector de la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo ESPOCH, anteriormente referida, con relación a la concesión de licencias a los profesores titulares agregados y titulares de investigación, esta Procuraduría se pronunció en el siguiente sentido:

“Conforme lo dispuesto en los artículos 157 y 158 de la Ley Orgánica de Educación Superior, que regulan la concesión de licencias a los profesores titulares agregados y titulares principales para estudios de posgrado y estudios o trabajos de investigación, sin contemplar en las citadas disposiciones a los profesores auxiliares, se concluye que la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo, puede conceder licencia únicamente a los docentes titulares principales agregados y titulares principales con dedicación a tiempo completo, que hayan obtenido becas de la SENESCYT, de organismos públicos o privados, nacionales o internacionales, o se financien con sus propios recursos para realizar estudios de cuarto nivel por el tiempo estricto de duración formal de los estudios; y destinar para tales efectos, un porcentaje del presupuesto institucional para financiar planes de becas o ayudas económicas para cursar posgrados.

De conformidad con el Art. 158 de la Ley Orgánica de Educación Superior es de competencia y decisión de la Universidad a su cargo, la aprobación licencias a los profesores de dicho centro de educación superior, para estudios de posgrado y estudios o trabajos de investigación.”

Adicionalmente, en atención a la solicitud de la Escuela Superior Politécnica del Chimborazo ESPOCH, para que se reconsidere y aclare el pronunciamiento antes citado, esta Procuraduría se pronunció mediante oficio No. 05256 de 30 de noviembre de 2011, en los siguientes términos:

“Por lo expuesto, atendiendo al pedido de reconsideración, aclaración y la nueva consulta contenidos en su oficio No. 590 PROCU-2011, respecto del pronunciamiento emitido por esta Procuraduría en el oficio No. 03853 de 23 de septiembre de 2011, lo aclaro y absuelvo en el sentido de que los profesores titulares agregados de las universidades públicas que cursen posgrados de doctorado, de conformidad con el artículo 157 de la Ley Orgánica de Educación Superior tendrán derecho a la respectiva licencia por el tiempo estricto de duración formal de los estudios; mientras que en el caso de los profesores titulares principales con dedicación a tiempo completo, luego de seis años de labores ininterrumpidas podrán solicitar solo hasta doce meses de permiso para realizar estudios o trabajos de investigación (Periodo Sabático), conforme dispone el artículo 158 de la Ley Orgánica de Educación Superior”.

Del texto del oficio de consulta, se desprende que la misma está relacionada con dos servidores de la Universidad Nacional de Chimborazo, que no son docentes, pero que sin embargo, han sido beneficiados por las becas que otorga la SENES-CYT conforme al “Programa de Becas para Estudio de Cuarto Nivel de Formación Académica en el Exterior”.

En tal virtud, toda vez que los servidores de la Universidad Nacional de Chimborazo, que motivan la presente consulta, se encuentran dentro del personal administrativo de la UNACH, es decir, están amparados por la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, de conformidad con el quinto inciso de su artículo 3, se analizarán también las disposiciones contempladas en dicha normativa con respecto al tema planteado.

Según el primer inciso del Art. 355 de la Constitución de la República, el Estado reconocerá a las universidades y escuelas politécnicas autonomía académica, administrativa, financiera y orgánica, acorde con los objetivos del régimen de desarrollo y los principios establecidos en la Constitución.

El primer inciso del Art. 17 de la Ley Orgánica de Educación Superior, dispone que el Estado reconoce a las universidades y escuelas politécnicas autonomía académica, administrativa, financiera y orgánica, acorde con los principios establecidos en la Constitución de la República”.

Respecto al régimen aplicable de los servidores, docentes e investigadores del sistema nacional de educación superior, la Ley Orgánica de Educación Superior en el Art. 70 determina lo siguiente:

“Art. 70.- Régimen laboral de las y los servidores públicos y de las y los trabajadores del Sistema de Educación Superior.- El personal de las instituciones y organismos públicos del Sistema de Educación Superior son servidores públicos, cuyo régimen laboral se registrará por la Ley de Servicio Público de conformidad con las reglas generales; salvo el caso de los obreros, que se regulan por el Código del Trabajo.

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

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

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

La normativa jurídica citada, distingue al personal de las instituciones y organismos públicos del Sistema de Educación Superior, clasificándolos en aquellos que se rigen por la Ley de Servicio Público y el personal de carrera docente que se encuentra amparado por la Ley Orgánica de Educación Superior.

El Art. 118 de la Ley Orgánica de Educación Superior, respecto a los niveles de formación de la educación superior, en la letra c) establece el cuarto nivel de posgrado que está orientado al entrenamiento profesional avanzado o a la especialización científica y de investigación; corresponden al cuarto nivel el título profesional de especialista y los grados académicos de maestría, PhD o su equivalente; agrega que para acceder a la formación de cuarto nivel se requiere tener el título profesional de tercer nivel otorgado por una universidad o escuela politécnica, conforme lo establecido en dicha Ley.

La referida Ley Orgánica, en el Art. 119 determina que la especialización es el programa destinado a la capacitación profesional avanzada en el nivel de posgrado; el Art. 120 define a la maestría como el grado académico que busca ampliar, desarrollar y profundizar en una disciplina o área específica del conocimiento; en tanto que el Art. 121 prevé que el doctorado es el grado académico más alto de cuarto nivel que otorga una universidad o escuela politécnica a un profesional con grado de maestría.

De los dos últimos artículos citados, se desprende que los niveles de formación de la educación superior están destinados para todas las personas en general, incluidos los servidores públicos, como es el caso de los servidores que motivan la presente consulta.

Con respecto a los servidores públicos de las Universidades y Escuelas Politécnicas, se debe considerar el Art. 23 de la Ley Orgánica del Servicio Público, el

cual establece como un derecho irrenunciable de los servidores públicos, “recibir formación y capacitación continua por parte del Estado, para lo cual las instituciones prestarán las facilidades”.

En relación a las comisiones de servicio con remuneración, el cuarto inciso del Art. 30 de la LOSEP, dispone que dichas comisiones se otorgarán para efectuar estudios regulares de posgrados, reuniones, conferencias, pasantías y visitas de observación en el exterior o en el país, que beneficien a la Administración Pública, se concederá comisión de servicios hasta por dos años, previo dictamen favorable de la unidad de administración del talento humano, siempre que la servidora o servidor hubiere cumplido un año de servicio en la institución donde trabaja.

El Art. 49 del Reglamento a la LOSEP, con respecto a la comisión de servicios en el exterior, establece que “Las comisiones de servicios con remuneración fuera del país, se autorizarán únicamente para que una o un servidor preste sus servicios en instituciones del Estado en el exterior, en los términos señalados en las normas de este Reglamento General y la autorización otorgada por la Secretaría Nacional de la Administración Pública”.

Por su parte, el Art. 50 del Reglamento a la LOSEP, dispone:

“Art. 50.- Otras comisiones de servicios.- Las o los servidores públicos de carrera podrán ser declarados en comisión de servicios con remuneración para efectuar estudios regulares de posgrados, reuniones, conferencias, pasantías y visitas de observación, comprendiendo las establecidas en virtud de convenios internacionales y similares, que beneficien a la administración pública, en el país o en el exterior, hasta por un plazo de dos años, previas las autorizaciones correspondientes.

La UATH institucional emitirá el dictamen favorable para la concesión de esta comisión considerando básicamente los requisitos que señala el artículo 41 de este Reglamento General, para los estudios de postgrado; y, en tanto que para reuniones, conferencias, pasantías y visitas se sustentará con los documentos habilitantes que respalden su concesión”.

De su parte, el Art. 28, letra b) de la Ley Orgánica del Servicio Público, con respecto a las licencias sin remuneración, dispone que éstas se concederán con sujeción a las necesidades e intereses institucionales, previa autorización de la autoridad nominadora, para efectuar estudios regulares de postgrado en instituciones de educación superior, hasta por un periodo de dos años, siempre que la servidora o servidor hubiere cumplido al menos dos años de servicio en la institución donde trabaja.

El Art. 207 del Reglamento a la LOSEP citado, ubicado en la Sección 4ª. relacionada con los informes previos y efectos de la capacitación y formación, del Capítulo VI, relativo a la Formación y Capacitación, dispone:

“La máxima autoridad de la institución concederá a la o el servidor, previo informe favorable de la UATH, licencia sin remuneración o comisión de servicios con remuneración en el exterior, cuando el programa de formación de cuarto nivel se encuentre acorde con los perfiles ocupacionales y requisitos que se establezcan para el puesto, a la misión institucional, y se viabilice o se disponga del financiamiento económico correspondiente”.

De los artículos 30 de la LOSEP y 50 de su Reglamento de Aplicación, se desprende que a los servidores públicos se les podrá otorgar comisión de servicios con sueldo para efectuar estudios regulares de posgrado, reuniones, conferencias, pasantías y visitas de observación en el exterior o en el país, que beneficien a la Administración Pública; o, de conformidad con el artículo 28 letra b) de la LOSEP, se les podrá conceder licencia sin remuneración, para cursar estudios regulares de posgrado o de cuarto nivel en el exterior.

Por lo expuesto, de conformidad con los artículos 30 de la Ley Orgánica del Servicio Público y Art. 50 de su Reglamento de Aplicación, es potestativo de las Universidades o Escuelas Politécnicas, conceder comisiones con remuneración hasta por dos años a sus servidores administrativos amparados por la LOSEP, que hayan sido beneficiados de los Programas de Becas creados por la SENESCYT. Igualmente, de acuerdo con los artículos 28 letra b) de la LOSEP, es también potestativo de las Universidades o Escuelas Politécnicas, conceder licencias sin remuneración hasta por dos años, a sus servidores administrativos amparados por la LOSEP, que hayan sido beneficiados de los Programas de Becas creados por la SENESCYT. En cualquier caso, le corresponde a la Entidad de Educación Superior adoptar la resolución pertinente, en base del informe previo que expida la Unidad de Administración del Talento Humano UATH, dispuesto en el artículo 207 del Reglamento General a la LOSEP.

Con respecto a la concesión de licencias a los profesores titulares principales y auxiliares de las universidades y escuelas politécnicas para cursar estudios de posgrado o doctorados, me pronuncié mediante oficios Nos. 03853 de 23 de septiembre de 2011 y 05256 de 30 de noviembre de 2011.

OF. PGE. N°: 07513, de 25-04-2012

COMODATO: INDUSTRIAS GUAPAN S.A. A FAVOR DE JUNTA PARROQUIAL PARA PROYECTO TURÍSTICO

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO PROVINCIAL DEL CAÑAR

CONSULTA:

“Es legal y procedente que el Gobierno Autónomo Descentralizado de la provincia del Cañar, de conformidad con las competencias previstas en la Constitución y la ley, referentes al fomento del desarrollo productivo, encontrándose dentro de esta al turismo, pueda invertir sus recursos en el emplazamiento del proyecto de Aguas Termales o Parque Término en terrenos que serán entregados por Industrias Guapán S.A. en comodato por noventa y nueve años a la Junta Parroquial Rural de Guapán?”.

BASES LEGALES:

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 42 lit. f), 64 lit. g), 135 y 166.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Arts. 104, 115 y 178; y, 1 de su Reglamento.

Codificación a la Ley de Aguas Art. 86.

Ley de Turismo Art. 60.

Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público Art. 17.

PRONUNCIAMIENTO:

Con oficio No. 5670 de 28 de diciembre de 2011, esta Procuraduría le solicitó reformular los términos de su consulta con relación a la inteligencia o aplicación de una norma jurídica; requerimiento que fue atendido por usted en oficio No. 0011 GPCP-2012 de 10 de enero de 2012, ingresado a esta Procuraduría el 12 de enero del presente año, en los siguientes términos:

“¿Al tenor de lo dispuesto en los artículos 42 literal f), 135 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, 17 de la Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público; y, 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, consultamos si es legal y procedente que el Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia del Cañar, en ejercicio pleno de sus competencias previstas en el Cootad, referentes al fomento del desarrollo productivo, encontrándose dentro de esta al turismo, pueda invertir sus recursos en el emplazamiento del proyecto de Aguas Termales o Parque Término en terrenos que fueron entregados por Industrias Guapán S.A. en comodato por noventa y nueve años a la Junta Parroquial Rural de Guapán, que dicho sea de

paso es una institución de derecho público y el proyecto a no dudarlo posibilitará un impulso importantísimo para la Región?”.

Mediante oficio No. 6009 de 18 de enero de 2012, esta Procuraduría le solicitó remitir copias certificadas del Contrato de Comodato suscrito entre Industrias Guapán S.A. y la Junta Parroquial Rural de Guapán por noventa y nueve años y del Proyecto de Aguas Termales o Parque Término, requerimientos que fueron atendidos por usted en oficio No. 051 GPC-P-2012 de 27 de enero de 2012, ingresado a esta Procuraduría el 31 de enero del presente año, al que adjunta copias certificadas del Contrato de Consultoría celebrado el 13 de octubre de 2010 entre la I. Municipalidad de Azogues y el Ing. Edgar Cárdenas para la realización del Estudio Geológico e Hidrológico para evaluar los acuíferos termales en la zona de Guapán, y su correspondiente acta de entrega recepción de los estudios; Contrato de Prestación de Servicios celebrado el 23 de junio de 2011 entre la Junta Parroquial Rural de Guapán y la Compañía ALTIOR Cía. Ltda., para la realización de estudios de mercado en la provincia de Cañar, que permita conocer la viabilidad de mercado del Complejo de Aguas Termales en la Parroquia Guapán y su correspondiente acta de entrega recepción de los estudios; y, escritura pública del contrato de Comodato otorgado por la Compañía Industrias Guapán S.A. a favor del Gobierno Autónomo Descentralizado Parroquial de Guapán, suscrito el 29 de diciembre de 2011 ante el Notario Segundo del cantón Azogues.

Mediante oficios números 6010 y 6011 de 18 de enero de 2012, esta Procuraduría solicitó al Ministerio de Turismo y a la Secretaría Nacional del Agua el criterio institucional respecto al caso planteado, los cuales fueron atendidos por el Secretario Nacional del Agua en oficio No. SENAGUA-SN.1-2012-0076-0 de 7 de febrero de 2012, ingresado a esta Procuraduría el 8 de febrero del presente año; y por el Ministro de Turismo en oficio No. MT-MINTUR—2012-0459 de 9 de febrero de 2012, ingresado a esta Procuraduría el 16 de febrero del presente año.

A través del oficio No. 128-GPC-P-2012 de 27 de febrero de 2012, ingresado a esta Procuraduría el 28 de febrero del presente año, usted remite el oficio No. 006 GPC-DJ-2012 de 27 de febrero de 2012, el cual contiene el criterio jurídico del Procurador Síndico del Gobierno Provincial del Cañar.

En su oficio No. 011 GPCP-2012 de 10 de enero de 2012, expone que el Gobierno Provincial del Cañar conforme con sus objetivos y fines institucionales y aprovechando el inmenso potencial curativo de las aguas termales de la Parroquia Guapán, tiene previsto ejecutar, con la concurrencia de otras instituciones públicas, el Parque Térmico en esa jurisdicción parroquial.

En el oficio No. SENAGUA-SN.1-2012-0076-0 de 7 de febrero de 2012, el Secretario Nacional del Agua manifiesta que el Consejo Provincial del Cañar podría solicitar a la Secretaría Nacional del Agua la concesión del derecho de aprovechamiento de aguas para realizar el proyecto de Aguas Termales o Parque Térmico, sobre los terrenos que fueron entregados por Industrias Guapán S.A. en comodato por noventa y nueve años a la Junta Parroquial Rural de Guapán, debido a que “la Codificación a la Ley de Aguas vigente permite otorgar la concesión del derecho de aprovechamiento de aguas al mero tenedor del inmueble. Además se recomienda que el Consejo Provincial, suscriba el respectivo convenio con la Junta Parroquial para proceder a realizar sus trabajos en los terrenos entregados a la misma en comodato, de conformidad a lo determinado en la normativa relacionada al mismo, por lo que es necesario se revise el contrato de comodato para verificar los alcances del mismo y qué actividades puede realizar la Junta Parroquial en los terrenos entregados en comodato”.

Expresa el Secretario Nacional del Agua que, “El Consejo Provincial del Cañar, para obtener la concesión del derecho de aprovechamiento de aguas para utilizar las aguas termales en su proyecto de Aguas Termales o Parque Térmico, deberá presentar su solicitud de concesión en el Centro Zonal de Cañar, perteneciente a la Demarcación Hidrográfica del Guayas de la Secretaría Nacional del Agua, la misma que deberá cumplir con los siguientes requisitos: a) Nombre del río, fuente, etc., de donde se tomarán las aguas, parroquia, cantón y provincia; b) El caudal que necesita y de donde va a captarlo o alumbrarlo; c) Los nombres y domicilios de los usuarios conocidos; d) El objeto al que va a destinarlo; e) Las obras e instalaciones que efectuará para utilizar las aguas; f) El tiempo en que ejecutará las obras; y, g) Los estudios y planos técnicos que justifiquen y definan la solicitud, en la extensión y análisis que determinen los correspondientes reglamentos, de conformidad a lo establecido en el artículo 86 de la Codificación a la Ley de Aguas”.

Concluye el Secretario Nacional del Agua que, en relación con la pertinencia legal para que el Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia del Cañar pueda invertir sus recursos en el emplazamiento del proyecto de Aguas Termales o Parque Término, “aclaro que la Secretaría Nacional del Agua no tiene competencia para determinar la legalidad o pertinencia sobre la inversión de recursos económicos que realicen los Gobiernos Autónomos Descentralizados”.

En el oficio No. MT-MINTUR -2012-0459 de 9 de febrero de 2012, el Ministro de Turismo, manifiesta que “al ser declarada dentro de las competencias del artículo 135 del COOTAD que: ‘El turismo es una actividad productiva que puede ser gestionada concurrentemente por todos los niveles de gobierno’, es factible

y muy conveniente dar un agregado turístico al lugar, con el emplazamiento del proyecto de Aguas Termales o Parque Térmico, lo que no podría la entidad del sector público es administrar, explotar o desarrollar esta actividad turística por cuanto así lo prevé el Art. 60 de la Ley de Turismo”. Dicha norma dispone que, “No podrán realizar servicios turísticos o actividades conexas con fines de lucro, las Fuerzas Armadas ni las entidades del sector público, en razón de que esta actividad está reservada a las personas naturales o jurídicas del sector privado, que cumplan con los requisitos de esta Ley”.

Mediante oficio No. 0110 GPC-P-2012 de 23 de febrero de 2012, ingresado a esta Procuraduría el 24 de febrero del presente año, usted manifiesta que el Gobierno Provincial de Cañar “pretende, como una forma de remediación ambiental en la zona, emplazar un proyecto de desarrollo comunitario, turístico que va a ser de beneficio no solamente para la parroquia Guapán, sino para la provincia, la región y el Ecuador entero, destacando que la inversión se realizará en terrenos de Industrias Guapán”.

Expresa en su oficio No. 0110 GPC-P-2012 que dicho proyecto “cuenta con el aval del señor Presidente Constitucional de la República, quien en el gabinete itinerante realizado en la ciudad de La Troncal, provincia del Cañar el pasado mes de agosto, comprometió el apoyo de la Banca estatal a fin de lograr su financiamiento; por lo tanto el Proyecto de Aguas Termales o Parque Térmico a nivel de estudios de factibilidad y diseños definitivos no existe”.

Concluye su oficio No. 0110 GPC-P-2012 manifestando que, “Por las razones y consideraciones señaladas, solicito se digne emitir su pronunciamiento favorable sobre el tema materia de la consulta y no sobre la viabilidad técnica del Proyecto, a fin de que el Gobierno Provincial del Cañar pueda invertir sus recursos económicos, para lo que será necesario contratar de manera urgente los estudios de factibilidad y diseños definitivos del mentado Proyecto, que, sin lugar a dudas reactivará la economía de nuestra provincia y dará un importantísimo impulso turístico a la Región”.

En la copia certificada del Contrato de Consultoría celebrado el 13 de octubre de 2010 entre la Municipalidad de Azogues y el Ing. Edgar Remigio Cárdenas en calidad de consultor remitida a este Organismo mediante oficio No. 051 GPC-P-2012 de 27 de enero de 2012, en la Cláusula Cuarta, relacionada con el objeto del contrato, se estipula que “El CONSULTOR se obliga para con la Municipalidad de Azogues a prestar el ESTUDIO GEOLÓGICO E HIDROLÓGICO PARA EVALUAR LOS ACUÍFEROS TERMALES EN LA ZONA DE GUAPÁN. Los trabajos se realizarán bajo la supervisión y coordinación del Administrador del Contrato...”.

Conforme al numeral 3 del Acta de Recepción Definitiva del Estudio Geológico e Hidrológico antes referido, suscrita el 13 de abril de 2011 entre el Administrador del Contrato y el Contratista, cuya copia ha sido remitida a esta Procuraduría, se establece que el Consultor ha cumplido con el plazo señalado para la entrega de los estudios, y al no existir observaciones, dichos estudios cumplen con lo establecido en los términos de referencia.

Por otra parte, se ha remitido copia certificada del Contrato Civil de Prestación de Servicios suscrito el 23 de junio de 2011 entre la Junta Parroquial de Guapán y la compañía ALTIOR Cía. Ltda. en calidad de Consultora, que en la Cláusula Primera, establece que “EL CONTRATANTE requiere realizar un estudio de mercado para la Estimación de la Demanda en la provincia del Cañar (cantones Azogues, Biblián, Cañar, Déleg, El Tambo, Suscal, La Troncal), que permita conocer la viabilidad de mercado del COMPLEJO DE AGUAS TERMALES, en la parroquia Guapán, cantón Azogues, provincia del Cañar, de conformidad con los términos de referencia adjuntos”; y por su parte, la Consultora ALTIOR Cía. Ltda. ha presentado una propuesta económica para “1. Estimar la Demanda Potencial en la provincia del Cañar (Azogues, Biblián, Déleg, Cañar, El Tambo, Suscal y La Troncal), de las aguas termales ubicadas en la parroquia Guapán, cantón Azogues, provincia del Cañar. 2. Presentar los análisis de los resultados cuantitativos del mercado potencial en la sesión de trabajo ante la Ministra de Industrias, Productividad e Innovación Tecnológica (Ministra de Industrias y Productividad); BIESS, y, Gerencia Administrativa-Financiera de la Empresa Pública Cementera del Ecuador”.

Adicionalmente, se ha enviado a este Organismo, copia del Acta de Entrega Recepción del Contrato Civil de Prestación de Servicios antes referido, suscrita el 27 de septiembre de 2011 entre el Presidente de la Junta Parroquial de de Guapán y el Gerente General de la compañía ALTIOR Cía. Ltda., cuya cláusula sexta contempla la entrega recepción del estudio del mercado del proyecto “Balneario Guapán”.

De lo anteriormente expuesto se establece que con relación al Proyecto que motiva su consulta, se han suscrito dos contratos, un Contrato de Consultoría celebrado el 13 de octubre de 2010 entre la Municipalidad de Azogues y el Ing. Edgar Remigio Cárdenas en calidad de consultor para el Estudio geológico e hidrológico para evaluar los acuíferos termales en la zona de Guapán y un Contrato Civil de Prestación de Servicios suscrito el 23 de junio de 2011 entre la Junta Parroquial de Guapán y la compañía ALTIOR Cía. Ltda., relativo al estudio de mercado del proyecto de aguas termales que motiva sus consulta, respecto de los cuales las entidades contratantes han recibido a satisfacción los estudios objeto de cada uno de los citados contratos, según consta de las actas de entrega recepción suscritas el 13 de abril y 27 de septiembre de 2011, en su orden.

De la copia certificada de la escritura pública de Comodato otorgada el 29 de diciembre de 2011 por la compañía Industrias Guapán S.A. a favor del Gobierno Autónomo Descentralizado de la Parroquia Guapán, consta que en la Cláusula Tercera “OBJETO” se estipula que la compañía Industrias Guapán S.A. entrega en comodato al Gobierno Autónomo Descentralizado Parroquial de Guapán el inmueble de propiedad de la esa compañía “para que se lo destine al proyecto turístico, productivo, cultura y recreativo denominado ‘Balneario de Aguas Termales Guapán’ cuyo estudio de prefactibilidad se incorpora a la presente escritura pública, se obliga por tanto a conservarlo y mantenerlo en las mejores condiciones, y se obliga a restituir en iguales condiciones en las que se le entrega al término de este contrato”.

En la Cláusula Novena de la mencionada escritura pública, referido al “PLAZO” se estipula que el plazo de vigencia de este contrato de comodato “es de noventa y nueve años a partir de la firma de este instrumento”.

La Procuraduría General del Estado no tiene competencia para aprobar o autorizar la suscripción de contratos o convenios en que sean parte las instituciones del sector público. En consecuencia no se pronuncia respecto de los contratos anteriormente referidos. Los términos de los contratos o convenios que con relación al tema de su consulta, se hayan suscrito o se llegaren a suscribir, son de exclusiva responsabilidad de los personeros de las entidades intervinientes.

Con estos antecedentes, atiendo la consulta formulada por usted en los siguientes términos:

En el oficio No. 006 GPC-DJ-2012 de 27 de febrero de 2012, el Procurador Síndico del Gobierno Provincial del Cañar hace referencia a los artículos 42 letra f), 135 del COOTAD, 17 de la derogada Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público y 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y expresa que “es prohibido realizar donaciones a entidades de derecho privado, salvo las excepciones que están previstas en las normas legales; esto es, las que corresponden a programas de desarrollo y promoción turística, programas de desarrollo y promoción comunitaria y científica, etc., así como las que tengan como objetivo ejecutar proyectos de inversión en beneficio directo de la colectividad”.

Concluye el Procurador Síndico del Gobierno Provincial del Cañar manifestando que “al tratarse de la ejecución de un proyecto de desarrollo y promoción turística y comunitario que va en beneficio directo de la colectividad, participo del criterio de que se inscribe en las excepciones de los artículos 17 de la Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público, y 104 del Código Orgánico

de Planificación y Finanzas Públicas; por lo que considero que si es posible la inversión de los recursos del Gobierno Provincial del Cañar y la Junta Parroquial Rural de Guapán en el emplazamiento de este proyecto”.

Respecto del artículo 17 de la Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público, mencionado en su consulta y en el criterio jurídico del Procurador Síndico, debo indicarle que dicha Ley fue derogada por la letra i) de la Disposición Derogatoria Primera del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

El artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, referido en el criterio del Procurador Síndico del Gobierno Provincial del Cañar, prohíbe a las entidades y organismos del sector público “realizar donaciones o asignaciones no reembolsables, por cualquier concepto, a personas naturales, organismos o personas jurídicas de derecho privado, con excepción de aquellas que correspondan a los casos regulados por el Presidente de la República, establecidos en el Reglamento de este Código, siempre que exista la partida presupuestaria”.

El Reglamento del artículo 104 del citado Código Orgánico en el artículo 1, dispone lo siguiente:

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

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

Del texto del artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y artículo 1 de su Reglamento, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 544, se desprende que están referidos a la prohibición de los organismos y entidades del sector público para realizar donaciones o asignaciones no reembolsables a personas naturales o jurídicas de derecho privado, excepto para la ejecución de programas o proyectos de inversión en beneficio de la colectividad; situación distinta al caso que motiva su consulta, puesto que los recursos de la inversión que realizaría el Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia

del Cañar, se destinarían a la Junta Parroquial Rural de Guapán, entidad del sector público perteneciente régimen autónomo descentralizado, para que ésta última ejecute el proyecto de Aguas Termales o Parque Término en los terrenos entregados en comodato a dicha Junta por parte de la empresa Industrias Guapán S.A.. En consecuencia no es aplicable al tema de consulta el artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, referido como fundamento legal en el criterio jurídico de la entidad consultante.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, en el artículo 64, establece que son funciones de los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales: "...g) Fomentar la inversión y el desarrollo económico especialmente de la economía popular y solidaria, en sectores como la agricultura, ganadería, artesanía y turismo, entre otros, en coordinación con los demás gobiernos autónomos descentralizados".

El inciso primero del artículo 135 del COOTAD, establece que para el ejercicio de la competencia de fomento de las actividades productivas y agropecuarias que la Constitución asigna a los gobiernos autónomos descentralizados regionales, provinciales y parroquiales rurales, se ejecutarán de manera coordinada y compartida, observando las políticas emanadas de las entidades rectoras en materia productiva y agropecuaria.

El inciso final del artículo 135 del COOTAD, determina que: "El turismo es una actividad productiva que puede ser gestionada concurrentemente por todos los niveles de gobierno".

Del artículo 64 letra g) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, antes referido, se desprende que es función de los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales, fomentar la inversión en sectores como el turismo en coordinación con los demás gobiernos autónomos descentralizados; y en concordancia, el artículo 135 de dicho Código Orgánico, determina que el turismo es una actividad productiva que puede ser gestionada concurrentemente con todos los niveles de gobierno.

El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, 25ª Edición, Tomo IV, (pág. 173) define el vocablo "GESTIÓN" en los siguientes términos: "La acción o efecto de gestionar. II Administración...".

Por tanto, en virtud de que el artículo 135 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización determina que el turismo es una actividad productiva que "puede ser gestionada concurrentemente por todos los

niveles de gobierno”, entre los cuales se encuentran los gobiernos autónomos descentralizados provinciales, se concluye que no es aplicable la prohibición del artículo 60 de la Ley de Turismo, en el caso que motiva esta consulta.

Téngase en cuenta además que el COOTAD tiene la calidad de ley orgánica y conforme al inciso final del artículo 133 de la Constitución de la República, una ley ordinaria como es el caso de la Ley del Turismo no puede modificar ni prevalecer sobre dicha Ley orgánica

Respecto de la inversión de los recursos públicos por parte de los gobiernos autónomos descentralizados, el inciso primero del artículo 166 del COOTAD, dispone que toda norma que expida un gobierno autónomo descentralizado que genere una obligación financiada con recursos públicos establecerá la fuente de financiamiento correspondiente.

Por su parte, el artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, dispone que ninguna entidad u organismo público podrá contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria.

En este sentido se expresa el artículo 178 del mencionado Código, añadiendo 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.

Por lo expuesto, en virtud de que el artículo 64 letra g) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización establece como función de los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales, fomentar la inversión en sectores como el turismo en coordinación con los demás gobiernos autónomos descentralizados, y el artículo 135 de dicho Código Orgánico determina que el turismo es una actividad productiva que puede ser gestionada concurrentemente con todos los niveles de gobierno, se concluye que el Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia del Cañar puede invertir sus recursos en el proyecto de Aguas Termales o Parque Térmico que emprenda la Junta Parroquial de Guapán, en los terrenos entregados por la compañía Industrias Guapán S.A. por noventa y nueve años a dicha Junta Parroquial.

Se deberá tener en cuenta para la inversión de los recursos públicos en el referido proyecto, que el Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia del Cañar establezca la fuente de financiamiento correspondiente y cuente además con la respectiva certificación presupuestaria, por así disponerlo expresamente los

artículos 166 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, y los artículos 115 y 178 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas antes referidos.

Adicionalmente, es responsabilidad de las entidades públicas intervinientes, determinar la conveniencia y oportunidad de construir el complejo de aguas termales objeto de esta consulta en el terreno de propiedad de Industrias Guapán S.A.. De igual manera es de su responsabilidad que el plazo determinado en la escritura pública de comodato otorgada el 29 de diciembre de 2011 por la compañía Industrias Guapán S.A., a favor del Gobierno Autónomo Descentralizado de la Parroquia Guapán, asegure la amortización de las inversiones realizadas en el inmueble entregado en comodato por la compañía de la referencia.

OF. PGE. N°: 06937, de 12-03-2012

**COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA: SELECCIÓN DE SOCIOS PARA
PARTICIPAR EN CONCURSO PÚBLICO –APLICACIÓN DE
SANCIONES SOBRE COMPETENCIA DESLEAL**

ENTIDAD CONSULTANTE: EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE ASEO DE
CUENCA, EMAC-EP

CONSULTAS:

1. “¿Si, al no existir aún el Reglamento a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, puede la Empresa Pública que gerencio proceder a realizar la selección de socios a través de buscar directamente las ofertas o condiciones más adecuadas para la ejecución del proyecto de explotación del biogás a través de la formación una compañía de economía mixta?”

2. “¿De no ser procedente contratar o seleccionar directamente a los socios o socio que participaría en al conformación de una compañía de economía mixta, cual deberá ser el procedimiento o como hacer efectivo el concurso público al que hace referencia la Ley Orgánica de Empresas Públicas?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 14, 66, 315, 318, 395 inc. cuarto, 425 y 426 .

Ley Orgánica de Empresas Públicas Arts. 4, 6, 35, 36 y 71 inc. tercero.

Ley de Compañías Art. 308, 309 y 315.

Código Civil Art. 7 regla 1.

Ordenanza de Constitución, Organización y Funcionamiento de la Empresas Pública Municipal de Aseo de Cuenca EMAC-EP Art. 10 lit. m).

PRONUNCIAMIENTO:

Al amparo de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 13 de la Codificación de la Ley de Orgánica de la Procuraduría General del Estado y el artículo 4 de la Resolución No. 17 de este Organismo, la Procuraduría General del Estado, mediante oficio No. 06190 de 31 de enero de 2012, le requirió la remisión de la documentación referida en su consulta y el criterio jurídico debidamente fundamentado por la Asesora Jurídica de la Entidad que usted representa, respecto del objeto de cada una de sus consultas, con el correspondiente análisis y la posición jurídica institucional en que se concluya en base a dicho análisis, puesto que el criterio contenido en el memorando No. 006-EMAC EP-AJ-2012 de 20 de enero de 2012 no cumplía con los requisitos antes indicados.

El requerimiento de este Organismo fue atendido mediante oficio s/n y fecha, ingresado a la Procuraduría General del Estado el 23 de febrero de 2012, al que adjunta el Memorando No. 13 EMAC EP-AJ-2011 de 10 de febrero de 2012 que contiene el criterio jurídico institucional y la documentación relativa a su consulta.

Como antecedentes, en su oficio inicial de consulta, s/n y sin fecha, ingresado el 25 de enero del año en curso, como en el oficio s/n y sin fecha, ingresado el 23 de febrero de 2012, expresa lo siguiente:

“a).- Mi representada es una sociedad cuya actividad económica es la prestación de servicios públicos de barrido, limpieza, recolección, transporte, tratamiento y disposición final de residuos sólidos no peligrosos, y peligrosos. b).- Dentro del desarrollo de esta actividad se ha visto la necesidad de crear una compañía de economía mixta, con el fin de recolectar el biogás, es decir, los gases que se producen por la descomposición de los residuos y que actualmente se los descarga directamente en el medio ambiente lo que conlleva contribuir con las emisiones de gases de efecto invernadero y el consecuente calentamiento global. c) La Empresa Municipal, ha contratado en años anteriores, la elaboración de estudios de prefactibilidad del biogás, conforme se demuestra de la copia del informe que se acompaña. d).- El Gobierno Nacional ha considerado como parte de su política energética, particularmente con lo relacionado con el cambio de matriz energética, a los proyectos de utilización de biogás, los cuales constituyen una

alternativa al déficit energético, que va a coadyuvar a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y a construir ciudades verdes.”

A continuación en el oficio de consulta cita el artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas referido a la capacidad asociativa de las empresas públicas y señala que en el Ecuador no existen empresas que se dediquen a la explotación del biogás y que no hay conocimiento suficiente sobre el tema por lo que se requieren socios o alianzas estratégicas que posibiliten la ejecución del proyecto para explotación del biogás mediante la conformación de una compañía de economía mixta con participación mayoritaria de la Empresa Pública.

Añade que el artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas requiere la realización de un concurso público para la selección de los socios que podrían estar interesados en la constitución de la antes referida compañía de economía mixta, pero que “Hasta la presente fecha no existe tampoco un Reglamento a la Ley Orgánica de Empresas Públicas que nos permita entender cómo debemos realizar o ejecutar el concurso público y consecuentemente, seleccionar a los socios de la empresa de economía mixta que se formaría, imposibilitando la ejecución de un proyecto que es de interés nacional”.

El criterio jurídico de la empresa consultante consta en el Memorando No. 13 EMAC EP-AJ-2011 de 10 de febrero de 2012, suscrito por la Asesora Jurídica, quien como antecedente señala que al amparo de lo previsto en la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en el año 1998, el I. Concejo Cantonal de la Ciudad de Cuenca resolvió autorizar la creación de la Empresa Municipal de Aseo de Cuenca EMAC y que mediante Ordenanza de 5 de marzo de 2010, autorizó la creación de la Empresa Pública Municipal de Aseo de Cuenca “EMAC EP”, dotándole de plena autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión.

La Asesora Jurídica cita los artículos 14 y 66 numeral 27 de la Constitución de la República, referidos al derecho a un ambiente sano, los artículos 35 y 71 inciso tercero de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, y el artículo 10 letra m) de la Ordenanza de Constitución, Organización y Funcionamiento de la Empresa Pública Municipal de Aseo de Cuenca EMAC EP y señala que “Al no existir un reglamento que establezca los procedimientos para escoger socios que coadyuven a los propósitos, puede perfectamente, a través de un detenido estudio y por Resolución de su Directorio, escoger los socios que ofrezcan las mejores condiciones financieras y técnicas, para poder desarrollar con éxito este fundamental propósito que mira a respetar los derechos de la naturaleza”.

Adicionalmente la Asesora Jurídica de la Empresa Pública Municipal de Aseo de Cuenca “EMAC EP” cita el inciso 4 del artículo 395, el inciso segundo del artículo 426 y el artículo 425 de la Constitución de la República y concluye con el siguiente criterio jurídico institucional:

“La Ley de Empresas Públicas establece que se llamará a concurso público a fin de seleccionar un socio que convenga a los intereses de ella, sin embargo, al no existir el Reglamento a la indicada Ley no existe regulado el procedimiento para el concurso público, por lo que, a criterio de la suscrita bastaría con el Directorio de la Empresa, como máxima Autoridad de la misma, y conociendo que es su deber y obligación precautelar el patrimonio de la EMAC, pueda establecer el procedimiento para la selección del socio o socios para la conformación de una compañía de economía mixta, concurso que a mi criterio deberá contener la publicación en la que se convoque a los interesados en participar en esta sociedad, para luego de ello, el procedimiento básico de selección en función de experiencia, tecnología y experiencia en el área”.

Con los antecedentes expuestos, en virtud de que las consultas por usted efectuadas, tratan sobre un mismo tema, éstas serán atendidas de manera conjunta.

El artículo 308 de la Ley de Compañías contempla la participación del Estado a través de los organismos y entidades del sector público en el capital y en la gestión social de compañías de economía mixta y por su parte el artículo 309 ibídem prevé que la facultad a la que se refiere el artículo anterior corresponde a las empresas dedicadas al desarrollo y fomento de la agricultura y de las industrias convenientes a la economía nacional y a la satisfacción de necesidades de orden colectivo; a la prestación de nuevos servicios públicos o al mejoramiento de los ya establecidos, para dedicarse a las actividades que ahí se describen, mediante el aporte de muebles e inmuebles, efectos públicos y negociables, así como a través de la concesión de prestación de un servicios público por un período determinado.

A partir de la vigencia de la Constitución la República, el artículo 315 prevé que las empresas públicas que participen en compañías de economía mixta siempre tendrán mayoría accionaria:

“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”.

El primer inciso del artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, prevé 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”, y el inciso segundo de la misma norma determina que: “Las empresas subsidiarias son sociedades mercantiles de economía mixta creadas por la empresa pública, en las que el Estado o sus instituciones tengan la mayoría accionaria”.

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.”.

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, la constitución de compañías de economía mixta, para lo cual el inciso segundo de la misma disposición legal determina que la selección de socios privados para la constitución de empresas de economía mixta debe efectuarse en base de un concurso público y que “para perfeccionar la asociación no se requerirá de otros requisitos o procedimientos que no sean los establecidos por el Directorio”, de lo que se colige que corresponde al Directorio de la empresa pública establecer en cada caso, los procedimientos y los términos del concurso público bajo los cuales se escogerá a los socios privados de la empresa pública.

Por su parte, el inciso primero del artículo 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas establece que 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 socio 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 artículos 315 y 316 de la Constitución de la República”.

Del artículo 315 de la Constitución de la República y artículos 4, 35 y 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se establece que las empresas públicas tienen capacidad asociativa para constituir empresas subsidiarias como son las sociedades de economía mixta en asociación con empresas privadas o públicas, nacionales o extranjeras, en la que el Estado o sus instituciones “tengan la mayoría accionaria”, y que 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.

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.

Por lo expuesto, en atención a su primera consulta, se concluye que no obstante no se ha expedido aún el Reglamento a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, no procede que una Empresa Pública realice la selección de socios para la constitución de una compañía de economía mixta, de manera directa, sino que deberá cumplir con el concurso público exigido en la disposición legal antes referida.

Hasta la presente, no se ha expedido el Reglamento a la Ley Orgánica de Empresas Públicas y al respecto cabe precisar que el artículo 35 de dicha Ley Orgánica, no se señala expresamente que el procedimiento del concurso público para la selección de un socio o socios, será regulado en el Reglamento General a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, como sí lo hace por ejemplo para el caso de los montos de créditos e inversiones referidos en el numeral 9 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, sino que por el contrario, como señalé anteriormente, el inciso segundo del mismo artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas prevé que le corresponde al Directorio establecer los procedimientos de asociación. Esto sin perjuicio de que, usando la facultad reglamentaria prevista en el numeral 13 del artículo 147 de la Constitución de la República del Ecuador, el Presidente de la República pueda dictar el reglamento e incluir el procedimiento de selección

El artículo 10 de la “Ordenanza de Constitución, Organización y Funcionamiento de la Empresa Pública Municipal de Aseso de Cuenca EMAC –EP-”, establece entre las responsabilidades del Directorio, la siguiente:

“m. En todas las modalidades en que EMAC EP participe como socio o accionista, el Directorio de la Empresa, buscará precautelar que su patrimonio no sufra menoscabo, y que participe en las mejores condiciones en la constitución, administración y beneficios de las sociedades y asociaciones, así como los réditos que se obtenga sean reinvertidos para una mejor prestación de los servicios que brinde, buscando la satisfacción de las necesidades colectivas con rentabilidad social”.

Por lo expuesto, toda vez que los artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas reconocen la capacidad asociativa de estas entidades de derecho público y que el inciso segundo del artículo 35 de la indicada Ley Orgánica dispone que todo proceso de selección de socios privados para la constitución de

empresas de economía mixta debe ser transparente de acuerdo a la ley y requerirá de concurso público y que corresponde al propio Directorio establecer los procedimientos y requisitos para la asociación de la empresa pública, en atención a su segunda consulta se concluye que, mientras no se dicte el Reglamento a la LOEP en el que se norme el procedimiento de selección, le corresponde al Directorio, como órgano de dirección de la empresa pública, de conformidad con el artículo 6 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, expedir el reglamento para el proceso de selección de socios privados para la constitución de empresas de economía mixta.

Se aclara que es responsabilidad del Directorio precautelar la legalidad y transparencia del proceso, así como las condiciones de participación de la empresa pública, la cual deberá tener siempre mayoría accionaria, por mandato del artículo 315 de la Constitución de la República.

OF. PGE. N°: 06885, de 08-03-2012

COMPAÑÍAS EXTRANJERAS: DOMICILIACIÓN Y REPRESENTACIÓN LEGAL

ENTIDAD CONSULTANTE: EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS,
EP PETROECUADOR

CONSULTA:

“Aplicando el criterio de habitualidad al que se refiere el artículo 415 de la Ley de Compañías, se podría prescindir del requisito de la domiciliación de las compañías extranjeras que pretendan celebrar contratos en el Ecuador, para que puedan entregar los bienes adquiridos, realizar la instalación de los mismos o la prestación de servicios técnicos especializados, únicamente a través de su apoderado general, toda vez que la permanencia de la empresa en el Ecuador será solamente para realizar la entrega de los bienes, su instalación respectiva, y la prestación de ciertos servicios, es decir no será habitual, sino más bien esporádica, con un tiempo aproximado de hasta 180 días y de características técnicas especializadas que implican una imposibilidad de encontrar oferta nacional, o cuyo proveedor sea el único en el mercado nacional o internacional, o que, por causas eminentemente técnicas, el diseño, construcción, compra, distribución o instalación de los bienes esté en manos de empresas o personas con especializaciones técnicas o

patentes que hacen imperativa su contratación y que no se refieren a ninguno de los casos señalados en el inciso segundo del artículo 6 de la Ley de Compañías, ni a los contratos regidos por la Ley de Hidrocarburos, referidos en su artículo 26?"

BASES LEGALES:

Ley de Compañías Arts. 6, 77, 415, 424 y 428.

Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado Art. 13.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Derogatoria Novena.

Ley Orgánica de Empresas Públicas Art. 34 num. 2.

Ley de Hidrocarburos Arts. 16, 17, 17-A y 26.

D. E. N° 314 Art. 7.

D. E. N° 315 Art. 6.

PRONUNCIAMIENTO:

Con fundamento en el inciso segundo del artículo 13 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y el artículo 4 de la Resolución No. 17, expedida por este Organismo, mediante oficio No. 07105 de 22 de marzo del 2012, la Procuraduría General del Estado le solicitó remitir la documentación relacionada con su consulta, lo cual fue atendido por la Empresa de su gerencia en oficio No. 14674 PGER-PPRO-SPR-PAT-2012 de 16 de abril de 2012, ingresado en esta Entidad el 17 de abril del año en curso.

Adicionalmente, a fin de contar con mayores elementos para atender su requerimiento, mediante oficio No. 07104 de 22 de marzo de 2012, esta Procuraduría le solicitó a la Superintendente de Compañías, el criterio de dicha Entidad, habiendo recibido respuesta en oficio No. SC-INPA-G-2012-0007727 de 9 de abril de 2012, ingresado en esta Procuraduría el 11 de abril de este año.

Como antecedentes, en su oficio de consulta señala que la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP PETROECUADOR fue creada mediante Decreto Ejecutivo No. 315 como empresa encargada de gestionar el sector estratégico de los recursos naturales no renovables y que mediante Resolución No. DIR-EPP-43-2010-11-15, el Directorio de EP PETROECUADOR resolvió crear una Unidad de Negocio de Gas Natural.

Añade en su oficio de consulta que, mediante Resolución No. 286 de 25 de noviembre de 2012, la Secretaría de Hidrocarburos resolvió declarar terminado el Contrato de Participación para la Exploración de Hidrocarburos (GAS) del Bloque 3 del mapa catastral petrolero ecuatoriano suscrito entre PETROECUADOR y la compañía EDC ECUADOR Ltd. el 2 de julio de 1996 y encargó a EP

PETROECUADOR la gestión de los recursos naturales no renovables hidrocarburi-
feros del indicado Bloque.

Agrega en su oficio que, la Derogatoria Novena de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública derogó las normas especiales de contratación pública que contengan otras leyes, exceptuando expresamente las contrataciones en actividades de exploración y explotación de los recursos hidrocarburi-
feros y que mediante Resolución No. DIR-EPP-17-2011-04-06 se aprobó el procedi-
miento de “Contrataciones para las actividades de exploración y explotación”.

La Superintendente de Compañías en su oficio No. SC-INPA-G-2012-0007727 de 9 de abril de 2012, hace referencia a la facultad que le otorga el artículo 433 de la Ley de Compañías para expedir regulaciones, reglamentos, resoluciones para el buen gobierno, vigilancia y control de las compañías nacionales anónimas, en comandita por acciones, de economía mixta, de responsabilidad limitada y de empresas extranjeras que ejerzan sus actividades en el Ecuador, cualquiera que fuere su especie y resolver los casos de duda que se suscitaren en la práctica.

Con tales antecedentes, la Superintendente menciona los artículos 6, 415 de la Ley de Compañías y 26 de la Ley de Hidrocarburos y expresa el siguiente criterio institucional:

“Tratándose la consulta dirigida al señor Procurador General del Estado por la Empresa Pública de Hidrocarburos EP PETROECUADOR, de que el contrato que pretende celebrar la compañía extranjera no se encuentra regido por el Art. 26 de la Ley de Hidrocarburos, ni está contemplado en el inciso segundo del Art. 6 de la Ley de Compañías, y que la compañía no ejerce habitualmente actividades en nuestro país, es criterio institucional que no es exigible su domiciliación, de acuerdo con las normativas legales citadas; sin perjuicio de las disposiciones que en el ámbito de contratación pública regulan este tema, cuya interpretación no es materia de pronunciamiento por parte de la Superintendencia de Compañías”.

El criterio del Procurador de la Entidad consultante, contenido en el memorando No. 0054-PPRO-2012 de 9 de marzo de 2012, cita los artículos 6 y 415 de la Ley de Compañías y la Doctrina Jurídica No. 85 emitida por la Superintendencia de Compañías y concluye con el siguiente criterio jurídico:

“En base a lo establecido por la Doctrina dictada por la Superintendencia de Compañías, ente público, con la competencia para realizar este tipo de pronun-
ciamientos, que realiza el control societario, nacional, y que a nuestro criterio

ayuda en la diligencia y eficiencia en la compra y prestación de servicios técnicos especializados que la industria petrolera requiere, ya que, lo contrario sería en ciertos casos, la disminución de producción o paralizar operaciones, incurriendo en pérdidas millonarias, por la falta de oportunidad en la adquisición de bienes o prestación de servicios especializados, por lo que consideramos que por la naturaleza de nuestras actividades y al ser un sector estratégico de la economía nacional, es procedente la aplicación de la doctrina emitida por la Superintendencia de Compañías, y no exigir la domiciliación para las compañías extranjeras cuyo servicio no sea habitual, sino más bien esporádico.

Además, la disposición establecida en el artículo 26 de la Ley de Hidrocarburos, a nuestro criterio rige para las contrataciones que regula dicha Ley, que son los contratos petroleros propiamente dichos, donde hay riesgo en la inversión y que claramente están definidos como son los de Asociación, Participación y Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos. Los contratos a los que nos referimos son contratos de servicios específicos, o compras en el exterior con instalación reguladas por la normativa interna denominada Procedimiento: “Contrataciones para actividades de exploración y explotación”, expedida por el Directorio de la Empresa, a fin de suplir lo dispuesto en la Disposición Derogatoria Novena de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Ergo, no existe obligación legal para exigir a las compañías extranjeras que negocien o celebren contratos cuyo servicio sea eventual, más no habitual; no obstante, conforme a las normas legales societarias se deberá exigir la presentación de un apoderado que pueda contestar las demandas judiciales o extrajudiciales y cumplir las obligaciones respectivas”.

El contenido de su consulta, impone referirse al artículo 6 de la Ley de Compañías, que dispone lo siguiente:

“Art. 6.- Toda compañía nacional o extranjera que negociare o contrajere obligaciones en el Ecuador deberá tener en la República un apoderado o representante que pueda contestar las demandas y cumplir las obligaciones respectivas.

Sin perjuicio de lo que se dispone en el Art. 415, si las actividades que una compañía extranjera va a ejercer en el Ecuador implicaren la ejecución de obras públicas, la prestación de servicios públicos o la explotación de recursos naturales del país, estará obligada a establecerse en él con arreglo a lo dispuesto en la Sección XIII de la presente Ley.

En los casos mencionados en el inciso anterior, las compañías u otras empresas extranjeras organizadas como personas jurídicas, deberán domiciliarse en el Ecuador antes de la celebración del contrato correspondiente. El incumplimiento de esta obligación, determinará la nulidad del contrato respectivo.

Las compañías extranjeras, cuyos capitales sociales estuvieren representados únicamente por acciones o participaciones nominativas, que tuvieran acciones o participaciones en compañías ecuatorianas, pero que no ejercieran ninguna otra actividad empresarial en el país, ni habitual ni ocasionalmente, no serán consideradas con establecimientos permanentes en el país ni estarán obligadas a establecerse en el Ecuador con arreglo a lo dispuesto en la Sección XIII de la presente Ley, ni a inscribirse en el Registro Único de Contribuyentes ni a presentar declaraciones de impuesto a la renta, pero deberán tener en la República el apoderado o representante referido en el inciso primero de este artículo, el que por ningún motivo será personalmente responsable de las obligaciones de la compañía extranjera antes mencionada. El poder del representante antedicho no deberá ni inscribirse ni publicarse por la prensa, pero sí deberá ser conocido por la compañía ecuatoriana en que la sociedad extranjera fuere socia o accionista”.

Del texto del inciso primero del artículo 6 de la Ley de Compañías, se desprende que es obligación de toda compañía para negociar en el Ecuador, tener un apoderado o representante con capacidad legal para contestar demandas y cumplir las obligaciones que la compañía adquiera; mientras que, el inciso segundo claramente establece que sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 415, si las actividades que una compañía extranjera va a ejercer en el Ecuador implicaren la ejecución de obras públicas, la prestación de servicios públicos o la explotación de recursos naturales del país, estará obligada a establecerse en él.

El artículo 415 de la Ley de Compañías, que forma parte de la Sección XIII, relativa a las compañías extranjeras y que determina los requisitos para la domiciliación de una empresa extranjera, tiene el texto siguiente:

“Art. 415.- Para que una compañía constituida en el extranjero pueda ejercer habitualmente sus actividades en el Ecuador deberá:

1. Comprobar que está legalmente constituida de acuerdo con la Ley del país en el que se hubiere organizado;
2. Comprobar que, conforme a dicha ley y a sus estatutos, puede acordar la creación de sucursales y tiene facultad para negociar en el exterior, y que ha sido válidamente adoptada la decisión pertinente.

3. Tener permanentemente en el Ecuador, cuando menos, un representante con amplias facultades para realizar todos los actos y negocios jurídicos que hayan de celebrarse y surtir efectos en territorio nacional, y especialmente para que pueda contestar las demandas y cumplir las obligaciones contraídas.

Igual obligación tendrán las empresas extranjeras que, no siendo compañías, ejerzan actividades lucrativas en el Ecuador; y,

4. Constituir en el Ecuador un capital destinado a la actividad que se vaya a desarrollar. Su reducción sólo podrá hacerse observando las normas de esta Ley para la reducción del capital.

Para justificar estos requisitos se presentará a la Superintendencia de Compañías los documentos constitutivos y los estatutos de la compañía, un certificado expedido por el Cónsul del Ecuador que acredite estar constituida y autorizada en el país de su domicilio y que tiene facultad para negociar en el exterior. Deberá también presentar el poder otorgado al representante y una certificación en la que consten la resolución de la compañía de operar en el Ecuador y el capital asignado para el efecto, capital que no podrá ser menor al fijado por el Superintendente de Compañías, sin perjuicio de las normas especiales que rijan en materia de inversión extranjera”.

Como se observa, el artículo 415 parte de la habitualidad en el ejercicio de las actividades de la compañía, mientras que el inciso segundo del artículo 6 antes citado, contiene las excepciones a la habitualidad y son los casos de “ejecución de obras públicas, la prestación de servicios públicos o la explotación de recursos naturales del país”, en los que aún cuando se trata de la ejecución de un solo acto o contrato, se requiere cumplir previamente con el procedimiento de domiciliación de la sociedad extranjera.

La Doctrina Jurídica No. 48, emitida por la Superintendencia de Compañías, analiza claramente la situación jurídica de las empresas extranjeras en el Ecuador, prevista en los artículos 6 y 415 de la Ley de Compañías, en los siguientes términos:

“La Ley de Compañías considera los siguientes casos relativos a las sociedades extranjeras:

1. El caso de las Compañías extranjeras que ejecutan –dentro o fuera del país– actos jurídicos esporádicos o aislados que han de surtir efectos en el Ecuador,

según las previsiones del primer inciso del artículo 6 y del artículo 9 de la Ley de Compañías;

2. El caso de las sociedades extranjeras que desearan ejercer habitualmente sus actividades en el Ecuador (y obviamente el de las que así lo estuvieren haciendo), según los artículos 77 y 424 de la misma Ley; y,

3. Finalmente, el caso de las compañías extranjeras que vinieren al país, a ejecutar una ‘Obra Pública’ a explotar algún ‘recurso natural’ o a prestar algún ‘servicio público’ (entendiéndose como tal la organización permanente destinada a satisfacer una necesidad colectiva de una manera regular y continua, como el servicio de aseo de calles, por ejemplo), que se halla previsto en el segundo inciso del artículo 6 de la Ley de Compañías....

Para el primer caso la Ley de Compañías sólo exige que esas Sociedades extranjeras, con operaciones esporádicas en el Ecuador, tengan un apoderado en el país, que pueda contestar las demandas y cumplir las obligaciones respectivas (artículos 6, primer inciso y 9 de la Ley de Compañías).

Para los dos últimos casos, es decir, para las Compañías extranjeras con operaciones habituales o permanentes en el Ecuador y para las que solo vinieren al país a ejecutar una obra pública o a explotar un recurso natural o a prestar un servicio público (cuestiones estas dos últimas que podrían considerarse con cierto grado de “habitualidad”), la Ley de Compañías exige lo que en doctrina se conoce con el nombre de ‘domiciliación’ en el país, que se instrumentó casi siempre con el llamado ‘establecimiento de sucursal’ (artículos 6 segundo inciso, 77, 424 y 428 de la Ley de Compañías). Por su parte, el artículo 26 de la Ley de Hidrocarburos exige igual “domiciliación para las Compañías extranjeras que fueren a celebrar cualquiera de los contratos previstos en ella (artículo 16 y 17) que no sean precisamente de explotación de recursos naturales”.

En atención al tenor de su consulta, procede entonces definir la expresión “habitualmente”, que consta en el artículo 415 de la Ley de Compañías y que según el tratadista Guillermo Cabanellas es “con habitualidad o frecuencia. Como hábito o costumbre. Según lo predominante y preferente”; y, el mismo autor como significado de habitualidad, señala el siguiente: “El estado durable; la permanencia de los hábitos o inclinaciones que perseveran en un sujeto”.

Con relación al mismo tema, Guillermo Cabanellas de las Cuevas, en su Enciclopedia de Derecho Societario, al analizar la legislación argentina, que contiene similar disposición, expresa lo siguiente:

“Hecha esta aclaración preliminar, corresponde determinar el sentido del concepto de “ejercicio habitual de actos comprendidos en el objeto social”, que utiliza el artículo 118, tercer párrafo de la LSC. Dos enfoques fundamentales se encuentran en la doctrina al respecto. Uno descrito precedentemente en el apartado 3. del presente capítulo, se basa en la combinación de elementos cualitativos y cuantitativos, entendiéndose así que las cargas del artículo 118, tercer párrafo se aplican cuando la sociedad ‘pretende ejercer de manera permanente los actos que le permitan alcanzar su objeto o fin específico para el cual se ha constituido’.

El segundo, a favor del cual nos inclinamos, implica una evaluación fundamentalmente cuantitativa, aunque complementada por otras consideraciones. La habitualidad requiere como mínimo, una pluralidad de actos realizados en el país por la sociedad extranjera. Pero no basta esa sola pluralidad, sino que de ella debe poder inferirse una intención de operar en el país en forma continuada y sin un límite cercano en el tiempo. Por otra parte, esos actos deben desarrollarse dentro de un plazo relativamente breve, de modo que pueda inferirse una vinculación entre ellos, particularmente en lo que concierne a la intención de operar en forma continuada en el país. Así mismo los actos citados deben tener cierta vinculación entre sí, de modo que pongan de manifiesto una continuidad en las actividades empresariales llevada a cabo en el país”.

El artículo 26 de la Ley de Hidrocarburos, al que alude su consulta, dispone:

“Art. 26.- Las empresas extranjeras que deseen celebrar contratos contemplados en esta Ley deberán domiciliarse en el País y cumplir con todos los requisitos previstos en las leyes.

Estas empresas extranjeras se sujetarán a los tribunales del País y renunciarán expresamente a toda reclamación por vía diplomática. Aquella sujeción y esta renuncia se considerarán implícitas en todo contrato celebrado con el Estado o con la Secretaría de Hidrocarburos”.

La Procuraduría General del Estado ya se ha pronunciado sobre la aplicación de las normas de la Ley de Hidrocarburos y su Ley Reformatoria para las contrataciones relacionadas con las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, según consta del pronunciamiento contenido en el oficio No. 01796 de 16 de mayo de 2011, en el que señalé que:

“En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, para la contratación de bienes, obras y servicios

incluidos los de consultoría, las empresas públicas están sujetas a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Sin embargo, los contratos relacionados con las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, que efectúen las empresas públicas PETROECUADOR y PETROAMAZONAS, se sujetan a la Ley de Hidrocarburos, la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y a la Ley de Régimen Tributario Interno, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 244 de 27 de julio del 2010 y su Reglamento publicado en el Registro Oficial No. 330 de 29 de noviembre de 2010, que establecen los procedimientos específicos para la contratación en materia de hidrocarburos.

Por ello, el Art. 7 del Decreto Ejecutivo No. 314, que creó PETROAMAZONAS EP y el Art. 6 del Decreto Ejecutivo No. 315, que creó la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador, EP PETROECUADOR, disponen que esas empresas públicas se someterán a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con excepción de las actividades de exploración y explotación de recursos hidrocarburíferos; y, confieren atribución al Directorio de cada unas de esas empresas, para expedir normas de contratación con respecto a las diversas actividades que en esa materia les compete desarrollar”.

Por su parte, el artículo 16 de la Ley de Hidrocarburos se refiere a los contratos de prestación de servicios, definidos en el inciso primero del indicado artículo, en los siguientes términos:

“Art. 16.- Son contratos de prestación de servicios para la exploración y/o explotación de hidrocarburos, aquéllos en que personas jurídicas, previa y debidamente calificadas, nacionales o extranjeras, se obligan a realizar para con la Secretaría de Hidrocarburos, con sus propios recursos económicos, servicios de exploración y/o explotación hidrocarburífera, en las áreas señaladas para el efecto, invirtiendo los capitales y utilizando los equipos, la maquinaria y la tecnología necesarios para el cumplimiento de los servicios contratados”.

En cuanto a los contratos de obras o servicios específicos, el artículo 17 de la misma Ley de Hidrocarburos, dispone:

“Art. 17.- Los contratos de obras o servicios específicos a que se refiere el inciso segundo del Art. 2 son aquéllos en que personas jurídicas se comprometen a ejecutar para la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana CEPE, obras, trabajos o servicios específicos, aportando la tecnología, los capitales y los equipos o maquinarias necesarias para el cumplimiento de las obligaciones contraídas a cambio de un precio o remuneración en dinero, cuya cuantía y forma de pago será convenida entre las partes conforme a la Ley”.

Adicionalmente, el inciso primero del artículo agregado a continuación del artículo 17 de la Ley de Hidrocarburos, prevé:

“Art. 17-A.- Además de las formas contractuales establecidas en el artículo 3, bajo la modalidad de contratos de operación, si conviniere a los intereses del Estado, la Secretaría de Hidrocarburos podrá contratar con empresas nacionales o extranjeras, de reconocida competencia en la materia, legalmente establecidas en el país, las que podrán formar entre sí asociaciones, la construcción y operación de oleoductos, poliductos, y gasoductos principales, terminales y plantas de procesamiento de hidrocarburos. Los poliductos, gasoductos, terminales y plantas de procesamiento podrán ser entregados para que sean operados por los contratistas. Al término del contrato para construcción y operación de las obras indicadas, se aplicará lo dispuesto en el artículo 29, inciso segundo”

Del análisis jurídico precedente, se establece que el artículo 26 de la Ley de Hidrocarburos es imperativo al exigir como requisito que las compañías extranjeras que deseen celebrar contratos contemplados en esa Ley, deberán domiciliarse en el Ecuador, sin considerar la habitualidad o no; y, la antedicha Ley regula no solo los contratos de exploración y explotación de recursos naturales (a los que se refiere expresamente el inciso segundo del artículo 6 de la Ley de Compañías al exigir la domiciliación previa de la compañía extranjera), sino también contratos de prestación de servicios para la exploración y/o explotación de hidrocarburos, de obras o servicios específicos y contratos de operación, regulados por los artículos 16, 17 y 17-A de la Ley de Hidrocarburos, anteriormente citados.

Como ha quedado evidenciado, la Ley de Compañías regula tres casos de compañías extranjeras: 1. Las compañías extranjeras que ejecutan –dentro o fuera del país– actos jurídicos esporádicos o aislados que han de surtir efectos en el Ecuador, según las previsiones del primer inciso del artículo 6 y del artículo 9 de la Ley de Compañías; 2. Las Sociedades extranjeras que desearan ejercer habitualmente sus actividades en el Ecuador, según los artículos 77 y 424 de la misma Ley; y, 3. el caso de las Compañías extranjeras que vinieren al país, a ejecutar una ‘Obra Pública’ a explotar ‘algún recurso natural’ o a prestar algún ‘servicio público’. De manera adicional, el artículo 26 de la Ley de Hidrocarburos exige el requisito previo de la domiciliación para todos los contratos regulados por dicho cuerpo legal.

El inciso primero del artículo 6 de la Ley de Compañías, citado anteriormente, dispone que toda compañía para negociar en el Ecuador debe tener un apoderado o representante con capacidad legal para contestar demandas y cumplir las obligaciones que la compañía adquiera; y, de conformidad con el inciso segundo

de dicha norma, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 415 de la Ley de Compañías (referido al ejercicio habitual de actividades de una compañía extranjera), en el caso de que la empresa extranjera vaya a ejercer actividades que impliquen la ejecución de obras públicas, la prestación de servicios públicos o la explotación de recursos naturales del país, estará obligada a domiciliarse, conforme el procedimiento previsto en el artículo 415 de la misma Ley.

Adicionalmente, el artículo 26 de la Ley de Hidrocarburos, determina que las empresas extranjeras que deseen celebrar contratos contemplados en esa Ley deberán domiciliarse en el País y cumplir con todos los requisitos previstos en las leyes y que las empresas extranjeras se sujetarán a los tribunales del País y renunciarán expresamente a toda reclamación por vía diplomática.

Por lo expuesto, en atención a su consulta, se concluye que en los casos previstos en el inciso segundo del artículo 6 de la Ley de Compañías, referidos a las compañías extranjeras que vinieren al país a ejecutar una obra pública, explotar recursos naturales o prestar servicios públicos y para todos los contratos contemplados en la Ley de Hidrocarburos, por mandato del artículo 26 de la Ley de Hidrocarburos, las compañías extranjeras deben cumplir con el procedimiento de domiciliación.

En consecuencia, de conformidad con el inciso primero del artículo 415 de la Ley de Compañías, se puede prescindir del requisito de domiciliación, cuando la compañía extranjera pretende realizar actos esporádicos o aislados, siempre que no se trate de los casos señalados en el inciso segundo del artículo 6 de la Ley de Compañías, ni de los contratos contemplados en la Ley de Hidrocarburos, normas que expresamente disponen la domiciliación de la compañías extranjera.

Corresponde a la Empresa a su cargo determinar si el contrato que se pretende celebrar no se encuentra regulado por la Ley de Hidrocarburos, así como el cumplimiento de los procedimientos de contratación previstos en las disposiciones legales, reglamentarias y demás normativa interna de la empresas pública consultante, bajo su exclusiva responsabilidad.

OF. PGE. N°: 07988, de 23-05-2012

COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES: CONTROL Y REGULACIÓN DEL PODER DE MERCADO

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE INDUSTRIAS Y PRODUCTIVIDAD

CONSULTAS:

1. “¿A partir de la promulgación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, publicada en el Registro Oficial No. 555 de 13 de octubre de 2011, tiene facultad la Subsecretaría de la Competencia del Ministerio de Industrias y Productividad y el Ministro (a) de Industrias y Productividad, para iniciar y resolver, respectivamente procesos de investigación por infracciones establecidas en los artículos 7 y 8 de la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones, o lo debería hacer por las infracciones previstas en los artículos 9, 10 y 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado? Para los casos de las denominadas conductas continuadas, es decir infracciones que iniciaron antes de la vigencia de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, ¿Se aplicarían las disposiciones contenidas en los artículos 7 y 8 de la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones o las contenidas en los artículos 9, 10 y 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado?”.

2. “A partir de la promulgación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en el Registro Oficial No. 555 de 13 de octubre de 2011, tiene competencia la Subsecretaría de la Competencia del Ministerio de Industrias y Productividad, y el Ministro (a) de Industrias y Productividad para conocer y resolver; y aplicar sanciones, respectivamente, sobre las operaciones de concentración económica determinadas en la sección 4 de la referida ley?. Si fuera así, bajo que normativa adjetiva y sustantiva deberán ser sustanciados y resueltos estos casos?”.

3. “¿A partir de la promulgación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en el Registro Oficial No. 555 de 13 de octubre de 2011, tiene atribución la Subsecretaría de la Competencia del Ministerio de Industrias y Productividad, y el Ministro (a) de Industrias y Productividad, para conocer y resolver y aplicar sanciones, respectivamente, sobre actuaciones de competencia desleal cuando éstas impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, establecido en el artículo 26 de la referida ley?. Si la respuesta es afirmativa, bajo que normativa adjetiva y sustantiva deberán ser sustanciados y resueltos estos casos?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 226.

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado Arts. 9, 10, 1, 14,

26, 38 num. 2 y Disp. Trans. Tercera, Derogatoria Décimo Quinta.
Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones Arts. 7 y 8.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. En el oficio No. T.364-SNJ-11-1488 de 5 de diciembre de 2011, anexo a su consulta, el Secretario Nacional Jurídico de la Presidencia de la República, en atención a la solicitud efectuada por la Cartera de Estado a su cargo en oficio No. MIPRO-DM-2011-1794-OF de 1 de diciembre de 2011, manifiesta que mediante Decreto Ejecutivo No. 1614 “se designó como autoridad de aplicación de la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina al Ministro de Industrias y Productividad, como autoridad investigadora a la Subsecretaría de Competencia; y, como representante de la autoridad nacional en materia de libre competencia para que conforme el Comité Andino al Subsecretario de Competencia”.

Expresa el Secretario Nacional Jurídico que “De acuerdo con la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado los procesos que se hubieren iniciado por las autoridades de la Subsecretaría de Competencia del MIPRO, por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, la Superintendencia de Telecomunicaciones, el IEPI o cualquier otra autoridad pública, antes o a partir de la vigencia de la ley continuarán siendo conocidos por las mismas autoridades y tramitándose de conformidad con las normas sustantivas y procesales administrativas vigentes al cometimiento de las presuntas infracciones sujetas a investigación”.

Agrega el Secretario Nacional Jurídico que “La antes referida disposición también establece que una vez que se designe al Superintendente de Regulación y Control de Mercado, se remitirá una nota diplomática al Secretario General de la Comunidad Andina sobre su designación como representante de la autoridad ecuatoriana de competencia para que conforme el Comité Andino”.

Concluye el Secretario Nacional Jurídico de la Presidencia de la República manifestando que por lo expuesto, “la Subsecretaría de la Competencia del MIPRO sólo podrá seguir tramitando los procesos de investigación iniciados, antes o a partir de la vigencia de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, por las infracciones establecidas en la Decisión 608 de la Comunidad Andina hasta que se designe al Superintendente”.

En el Memorando No. MIPRO-CGJ-2012-0025-M de 13 de enero de 2012, que contiene el criterio jurídico de la entidad consultante, anexo a su consulta, la Coordinadora General Jurídica del Ministerio de Industrias y Productividad hace referencia a la citada Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de

Control y Regulación del Poder de Mercado, así como al artículo 7 del Código Civil, relativo a los efectos de la Ley, expresando que “No existen inquietudes con respecto de la tramitación de los procesos iniciados antes de la publicación en el Registro Oficial de la Ley de Control del Poder de Mercado, para ellos está claro que las normas aplicables seguirán siendo el Decreto Ejecutivo No. 1614, publicado en el Registro Oficial No. 558 de 27 de marzo de 2009 y la Decisión No. 608 de la Comunidad Andina de Naciones, publicado en el Suplemento al Registro Oficial No. 18 de 25 de febrero de 2008, con la salvedad dispuesta en el Art. 7 del Código Civil. Correspondiendo por tanto a la Subsecretaría de Competencia seguir actuando como Autoridad de Investigación y al Ministro (a) de Industrias y Productividad como Autoridad de Aplicación y por tanto resolutoria, en los términos contemplados en dicho Decreto Ejecutivo. Para este caso, la investigación deberá sustanciarse con sujeción a la Decisión No. 608 y en cuanto al procedimiento, al que se encuentra dispuesto en la Ley Orgánica de Control y Regulación del Poder de Mercado, con las excepciones dispuestas para el caso de procedimientos, recursos e impugnaciones en curso, que se deberán tramitar con sujeción a las normas procedimentales vigentes al inicio de dicho recurso o impugnación hasta la conclusión del mismo”.

Manifiesta la Coordinadora General Jurídica que, “Las inquietudes surgen con respecto del contenido de la disposición transitoria tercera que hace referencia a los procesos iniciados después de la vigencia de la Ley, pues surge la pregunta, ¿qué autoridad o autoridades tendrían competencia para iniciar procesos al amparo de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, hasta que el Superintendente de Regulación y Control del Poder de Mercado sea designado y posesionado en sus funciones?. Para estos procesos iniciados después de la vigencia de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la investigación se tramitaría, tanto en la parte sustantiva como adjetiva, con sujeción a la Ley Orgánica de Control y Regulación del Poder de Mercado, sin embargo es menester tomar en cuenta la alusión en la disposición transitoria tercera de la referida ley que incluye la frase ‘antes o a partir de la vigencia de esta Ley’ por lo que dicha norma estaría extendiendo la potestad de iniciar y conocer procesos a un tiempo posterior a la vigencia de la ley hasta que se nombre al Superintendente de Control del Poder de Mercado, por tanto, la Subsecretaría de Competencia tiene la facultad para realizar los procesos de investigación, en el presente régimen transitorio, hasta que sean remitidos los expedientes a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, por mandato de la Disposición Transitoria Tercera, literal c, de la referida Ley. En cambio, el Ministro (a) de Industrias y Productividad, por no disponerlo expresamente la referida Disposición Transitoria Tercera, y por cuanto la competencia como Autoridad de Aplicación y por tanto resolutoria, la otorgaba el Decreto Ejecutivo No. 1614, que por mandato de la

Disposición Transitoria Décimo Quinta de la referida Ley, se encuentra derogada, no tiene en la actualidad atribución alguna de resolver sobre los procesos que se inicien a partir de la vigencia de la Ley Orgánica de Control y Regulación del Poder de Mercado, sino sólo aquellos que se hubieren iniciado con anterioridad a la expedición de la Ley”.

La Decisión No. 608 expedida por la Comisión de la Comunidad Andina referida en su consulta, que contiene las “Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina” en los artículos 7 y 8 establecen las conductas restrictivas a la libre competencia y las conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado.

Por su parte, el Decreto Ejecutivo No. 1614 (derogado por la vigente Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado) que contenía las “Normas para la aplicación de la Decisión 608 de la CAN” antes mencionada, en los artículos 1 y 2 disponían la designación del Ministro de Industrias y Productividad como autoridad de aplicación de la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina; a la Subsecretaría de Competencia como autoridad investigadora; y, al Subsecretario de Competencia como representante de la autoridad nacional en materia de competencia, para que conforme el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia.

Los artículos 9, 10 y 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado mencionados en su consulta, se encuentran referidos al Abuso de Poder de Mercado, Abuso de Poder de Mercado en Situación de Dependencia Económica; y a los Acuerdos y prácticas prohibidas a los operadores económicos con poder de mercado.

La Disposición Derogatoria Décimo Quinta de la citada Ley Orgánica establece lo siguiente: “Deróguese el Decreto Ejecutivo No. 1614 de 14 de marzo de 2009, publicado en el Registro Oficial No. 558 de 27 de marzo de 2009”. Dicho Decreto como se indicó anteriormente, contenía las “Normas para la aplicación de la Decisión 608 de la CAN”.

De otra parte, la Disposición Transitoria Tercera de la referida Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado determina lo siguiente:

“Los procesos que se hubieren iniciado por las autoridades de la Subsecretaría de Competencia del Ministerio de Industrias y Productividad, por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, la Superintendencia de Telecomunicaciones, la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, el Instituto Ecuatoriano de Propiedad

Intelectual o cualquier otra autoridad pública, antes o a partir de la vigencia de esta Ley, seguirán tramitándose de conformidad con las siguientes reglas:

a. Ley Sustantiva. Dichos procesos se tramitarán de conformidad con las normas sustantivas vigentes al tiempo del cometimiento de las presuntas infracciones sujetas a investigación.

b. Ley Adjetiva. Las normas procesales administrativas para las nuevas diligencias serán las previstas en esta ley y su reglamento. Los procedimientos, recursos e impugnaciones en curso se tramitarán bajo las normas procedimentales vigentes al inicio de dicho recurso o impugnación hasta la conclusión del mismo.

c. Autoridad. Todos los procedimientos y sus correspondientes expedientes iniciados por autoridades tales como la Subsecretaría de Competencia del Ministerio de Industrias y Productividad, por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, la Superintendencia de Telecomunicaciones, la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual o cualquier otra autoridad pública continuarán siendo conocidos por las referidas autoridades. Una vez que el Superintendente de Control de Poder de Mercado haya asumido legalmente posesión de su cargo, determinará el plazo para que todos los procedimientos en curso y sus respectivos expedientes sean remitidos a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, la que continuará con su tramitación bajo los criterios sustantivos y adjetivos de aplicación de la ley en el tiempo antes indicado.

Cuando se designe al Superintendente de Regulación y Control de Mercado, el señor Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración remitirá la correspondiente nota diplomática al señor Secretario General de la Comunidad Andina sobre su designación como representante de la Autoridad Ecuatoriana de Competencia para que conforme el Comité Andino”.

De la Disposición Derogatoria Décima Quinta de la citada Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se desprende que dicha Ley derogó expresamente el Decreto Ejecutivo No. 1614, que contenía las “Normas para la aplicación de la Decisión No. 608 de la Comunidad Andina de Naciones”; esta última, que contiene las “Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina”.

El inciso primero de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado dispone que los procesos “que se hubieren iniciado por las autoridades de la Subsecretaría de Competencia del

Ministerio de Industrias y Productividad [...] o cualquier otra autoridad pública antes o a partir de la vigencia de esta Ley” seguirán tramitándose de conformidad con las normas sustantivas vigentes al tiempo del cometimiento de las presuntas infracciones sujetas a investigación, en tanto que las normas procesales administrativas para las nuevas diligencias serán las previstas en dicha Ley Orgánica y su reglamento, de lo que se colige que la citada Disposición Transitoria Tercera, al referirse a “cualquier otra autoridad pública”, incluye al Ministro de Industrias y Productividad.

El artículo 226 de la Constitución de la República dispone que “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley”.

Por lo expuesto, con fundamento en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, se concluye que la Subsecretaría de Competencia tiene facultad legal para conocer y continuar los procesos de investigación, iniciados por infracciones establecidas en los artículos 7 y 8 de la Decisión 608 de la Comunidad Andina y al Ministro de Industrias y Productividad le corresponde resolver los procesos que por tales infracciones se encontraban en su conocimiento o en conocimiento de la Subsecretaría de Competencia, hasta que se designe al Superintendente de Control y Regulación del Poder de Mercado (Funcionario que hasta la presente fecha no ha sido designado).

Por otra parte, con fundamento en el inciso primero de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que se refiere a los procesos que se hubieren iniciado por las autoridades de la Subsecretaría de Competencia del Ministerio de Industrias y Productividad o cualquier otra autoridad pública “antes o a partir de la vigencia de esa Ley” y la letra a) de la misma Disposición Transitoria que prevé que la ley sustantiva aplicable sea la del tiempo del cometimiento de la presunta infracción, se concluye que a partir de la promulgación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la Subsecretaría de la Competencia del Ministerio de Industrias y Productividad tiene competencia para iniciar procesos de investigación por infracciones establecidas en los artículos 9, 10 y 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, hasta que el Superintendente de Control del Poder del Mercado haya asumido dichas funciones y sean remitidos los expedientes para la continuación de su tramitación, a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, correspondiéndole resolver sobre dichos procesos al Superintendente de Control del Poder del Mercado. Ni al Ministro de Industrias y Productividad, ni

a la Subsecretaría de Competencia de dicho Ministerio les corresponde resolver dichos procesos, por no tener competencia para ello.

En cuanto a la segunda parte de su consulta, relativa a las conductas continuadas, debemos entender que se refiere a infracciones que se iniciaron antes de la vigencia de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, pero se mantienen con la vigencia de la Ley. En este caso se debe tener en cuenta que, de conformidad con el inciso primero de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, los procesos “que se hubieren iniciado por las autoridades de la Subsecretaría de Competencia del Ministerio de Industrias y Productividad [...] o cualquier otra autoridad pública, antes o a partir de la vigencia de esta Ley” seguirán tramitándose de conformidad con las normas sustantivas vigentes al tiempo del cometimiento de las presuntas infracciones sujetas a investigación, en tanto que los procedimientos, recursos e impugnaciones en curso se tramitarán bajo las normas y procedimientos vigentes al inicio de dicho proceso o impugnación hasta la conclusión del mismo. En consecuencia, en el caso de las controversias continuadas a las que se refiere su consulta, de haberse iniciado el trámite antes de la vigencia de la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado, deberá sancionarse conforme a las disposiciones de los artículos 7 y 8 de la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones, conforme lo dispone la letra a) de la Disposición Transitoria Tercera de la mencionada Ley Orgánica. Por su parte, de no haberse iniciado el trámite antes de la vigencia de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, entonces deberá sancionarse conforme a los artículos 9, 10 y 11 de dicha Ley.

2 y 3. En virtud de que su segunda y tercera consultas versan sobre asuntos relacionados, serán analizadas de manera conjunta.

En el oficio No. T.364-SNJ-11-1488 de 5 de diciembre de 2011, adjuntado a su consulta, el Secretario Nacional Jurídico de la Presidencia de la República, en atención al pedido formulado por el Ministerio a su cargo en oficio No. MIPRO-DM-2011-1794-OF de 1 de diciembre de 2011, manifiesta que: “Respecto a la regulación, control y sanción de operaciones de concentración económica así como de hechos, actos o prácticas desleales es competencia de la Superintendencia de Control de Poder del Mercado”.

Señala la Coordinadora General Jurídica del Ministerio de Industrias y Productividad en el numeral 4 del memorando No. MIPRO-CGJ-2012-0025-M de 13 de enero de 2012: “4. La Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones, no contiene disposición alguna sobre operaciones de concentración económica, ni sobre competencia desleal, limitándose a señalar como actuaciones prohibidas y

sujetas a investigación las prácticas restrictivas de la competencia y las de abuso de posición de dominio, las señaladas en forma expresa en sus artículos 7 y 8.1.”

Manifiesta la Coordinadora General Jurídica del Ministerio de Industrias y Productividad que de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, “se establece que hasta que se designe legalmente al Superintendente de Control del Poder de Mercado y éste asuma sus funciones, en forma TRANSITORIA, las diferentes autoridades públicas, que por cuerda separada, en ejercicio de las diferentes atribuciones concedidas en las normas específicas que rigieron a cada una y de la que derivaron sus competencias, seguirán tramitando y conociendo únicamente sobre los procedimientos y trámites que hasta la fecha de promulgación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y las que a partir de ella fueron competentes para hacerlo; pues dicha Ley no les confiere competencia adicional alguna para conocer otras figuras jurídicas que no fueren aquellas que ya venían conociendo, tales como las de operaciones de concentración económica ni de prácticas desleales, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, a ninguna otra autoridad que no sea el Superintendente de Control del Poder de Mercado”.

Agrega la Coordinadora General Jurídica que, “la Subsecretaría de la Competencia del Ministerio de Industrias y Productividad y el Ministro (a) de Industrias y Productividad, por efecto de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Control del Poder de Mercado, tiene competencia únicamente para conocer los procesos de investigación de las actuaciones prohibidas y sujetas a investigación como las prácticas restrictivas de la competencia y las de abuso de posición de dominio, señaladas en forma expresa en los artículos 7 y 8 de la Decisión 608 CAN, norma sustantiva adoptada por Ecuador hasta la promulgación de la ley interna, conforme lo establecido en la Decisión 6161 (sic) de la CAN”.

Concluye la Coordinadora General Jurídica del Ministerio de Industrias y Productividad manifestando que “la Subsecretaría de Competencia del Ministerio de Industrias y Productividad y el Ministro/a de Industrias y Productividad, no tienen competencia para conocer y resolver, respectivamente, sobre el Control de las Operaciones de Concentración Económica, ni los temas de prácticas desleales, ya que los mismos son de exclusiva competencia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado”.

El Capítulo II, Sección 4 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado mencionado en su segunda consulta, referido a las operaciones de

concentración económica, en su artículo 14 establece que a efectos de esa Ley, se entiende por concentración económica al cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos, a través de la fusión entre empresas u operadores económicos, la transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante, entre otros actos que ahí se especifican.

El artículo 26 de la citada Ley Orgánica, mencionado en su tercera consulta, referido las prohibición de prácticas desleales dispone que quedan prohibidas y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera se la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, no contiene disposición alguna que faculte a la Subsecretaría de la Competencia del Ministerio de Industrias y Productividad, para conocer, resolver y aplicar sanciones respecto de operaciones de concentración económica o de actuaciones de competencia desleal previstas en los referidos artículos 14 y 26 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Por su parte, el artículo 38 número 2 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado dispone que la Superintendencia de Control del Poder del Mercado, a través de sus órganos tendrá la atribución de sustanciar los procedimientos en sede administrativa para la imposición de multas y sanciones por incumplimiento de dicha Ley.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado no confiere competencias al Ministro de Industrias y Productividad ni a la Subsecretaría de Competencia del Ministerio de Industrias y Productividad para conocer, resolver y aplicar sanciones sobre operaciones de concentración económica o actuaciones de competencia desleal previstas en los artículos 14 y 26 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado antes referidos, conforme lo previsto en el artículo 38 número 2 de dicha Ley, en atención a su segunda y tercera consultas, se concluye que dicha competencia le corresponde exclusivamente a la Superintendencia de Control del Poder del Mercado.

OF. PGE. N°: 06835, de 07-03-2012

CONCEJAL: NEPOTISMO POR AFINIDAD CON SECRETARIA DEL MUNICIPIO

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN MIRA

CONSULTAS:

1. “¿La Secretaria del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Mira, con la relación de parentesco por afinidad establecida con posterioridad a su nombramiento con el hermano de uno de los señores Concejales, configura Nepotismo?”
2. “¿Es pertinente que la señorita Secretaria continúe prestando sus servicios en calidad de Secretaria General del Concejo Municipal del cantón Mira, en las condiciones que lo viene haciendo hasta la presente fecha?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 254 num. 2.

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 3, 6, 7, 48 lit. i) y Disp. Gen. Tercera; y, 6 de su Reglamento.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 331, 354, 357.

Código Civil Art. 23.

PRONUNCIAMIENTO:

En el informe jurídico institucional contenido en el oficio No. 032-GADM-P.S. de 19 de marzo de 2012, suscrito por el Procurador Sindico del Municipio de Mira, dicho funcionario manifiesta lo siguiente:

“3. De conformidad con la Partida de Nacimiento que se adjunta se desprende que la niña Seline Abigail Carrera Angulo nació el 15 de octubre de 2011, cuyos padres responden a los nombres de María Fernanda Angulo Suárez (Secretaria General) y Galo Kléver Carrera Maygua (hermano del concejal Cristian Carrera Maygua) fecha a partir de la cual se consolida una relación de parentesco por afinidad, con el señor Concejal Cristian Gustavo Carrera Maygua”.

Con respecto a la figura del nepotismo, establecida en el Art. 6 de la LOSEP, el Procurador Síndico del Municipio del Cantón Mira en su informe jurídico manifiesta que “...se configura el nepotismo, si al momento de designar, nombrar o contratar existe relación de parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. La norma nada dice sobre parentescos establecidos con posterioridad al nombramiento como sucede en el presente caso”.

Se añade en el referido informe jurídico lo siguiente:

“De los documentos analizados y adjuntos al oficio de su Consulta se determina que la relación de parentesco por afinidad de la señorita Secretaria con uno de los señores Concejales, es posterior a la fecha de su designación, por lo que no contraviene las disposiciones contenidas en el Art. 6 de la LOSEP y por lo tanto dicho parentesco por afinidad en nada afecta en el desempeño de sus funciones.

Con los antecedentes señalados la Lic. María Fernanda Angulo Suárez no incurre en nepotismo al seguir prestando sus servicios a favor del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Mira, en la forma y condiciones determinadas en este informe”.

Del texto del oficio de la consulta se desprende que el motivo de la misma es determinar si se configura el nepotismo por el hecho de que la Secretaria del Concejo Cantonal del Cantón Mira ha procreado una hija con un hermano de uno de los concejales de dicho cantón. En el oficio de consulta no se menciona que exista vínculo matrimonial entre la Secretaria del Concejo Municipal del Cantón Mira y el hermano del Concejale Cristian Carrera Maygua.

Con respecto al Secretario del Concejo Municipal, el artículo 357 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), prevé que el secretario de los órganos legislativos de los gobiernos regionales, provinciales, metropolitanos y municipales, debe ser designado de fuera de su seno, de una terna presentada por el respectivo ejecutivo; sin embargo, dicho servidor no integra el Concejo

Entre la documentación que se adjunta al oficio de consulta, consta una copia certificada del Acta de la sesión del Concejo Municipal del Cantón Mira de 30 de julio de 2010, por la cual se nombra a la licenciada María Fernanda Angulo Suárez, como Secretaria General del Gobierno Municipal del Cantón Mira; sesión en la cual participó el concejal Cristian Gustavo Carrera Maygua.

Respecto del parentesco por afinidad, el artículo 23 del Código Civil, establece lo siguiente:

“Afinidad es el parentesco que existe entre una persona que está casada y los consanguíneos de su marido o mujer, o bien, entre uno de los padres de un hijo y los consanguíneos del otro progenitor.

La línea y grado de afinidad entre dos personas se determina por la línea y grado de consanguinidad respectivos; así, entre suegros y yernos hay línea recta o directa de afinidad en primer grado, y entre cuñados, línea colateral de afinidad en segundo grado”.

Cabe resaltar que la frase “o ha estado” que constaba en el inciso primero del artículo 23 del Código Civil, fue declarada inconstitucional mediante sentencia de la Corte Constitucional No. 0001-11-SIN-CC, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 452 de 19 de mayo del 2011.

El Dr. Juan Larrea Holguín, en su obra “Manual Elemental de Derecho Civil en el Ecuador”, Volumen I, edición 28 de agosto de 1998, pág. 89, se refiere así a la afinidad: “La afinidad, en cambio, es un parentesco entre una persona y los consanguíneos de su marido o mujer o los consanguíneos del otro padre de uno o más hijos comunes. El parentesco de afinidad no implica, por tanto, la descendencia de unos respecto de otros, sino la existencia de un vínculo matrimonial o una situación parecida a la del matrimonio, una relación que ha dado origen a un hijo y crea sí una vinculación entre cada uno de los padres de ese hijo, y los consanguíneos del otro padre del mismo hijo. Por ejemplo, hay afinidad entre cuñados: el hermano del marido o mujer; o entre suegro y yerno, etc. Las líneas y grados de la afinidad se rigen por iguales normas que las líneas y grados de la consanguinidad”.

El mismo tratadista, comenta el artículo 23 del Código Civil en los siguientes términos:

“El parentesco de afinidades suele llamar (se) también parentesco político, porque se base en las relaciones establecidas por el matrimonio, o a falta de éste por la vinculación entre dos personas que fuera de matrimonio han engendrado uno o más hijos. El parentesco no existe entre los cónyuges ni entre los concubinos entre sí; sino entre cada uno de ellos y los consanguíneos del otro”.

En nuestra legislación, el parentesco por afinidad establecido en el Art. 23 del Código Civil, según se manifestó en los párrafos anteriores, surge exclusivamente del vínculo matrimonial, o bien, entre uno de los padres de un hijo y los consanguíneos del otro progenitor, por lo que en el caso de uno de los progenitores de un hijo, existe parentesco por afinidad con respecto de los consanguíneos del otro.

Con respecto al Nepotismo, los tres primeros incisos del Art. 6 de la Ley del Servicio Público, ubicado en el Capítulo 2, relacionado con el Nepotismo, Inhabilidades y Prohibiciones, disponen lo siguiente:

“Art. 6.- Del Nepotismo.- Se prohíbe a toda autoridad nominadora, designar, nombrar, posesionar y/o contratar en la misma entidad, institución, organismo o persona jurídica, de las señaladas en el artículo 3 de esta Ley, a sus parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, a su cónyuge o con quien mantenga unión de hecho.

La prohibición señalada se extiende a los parientes de los miembros de cuerpos colegiados o directorios de la respectiva institución. También se extiende a los parientes de las autoridades de las superintendencias respecto de las instituciones públicas que son reguladas por ellos.

Si al momento de la posesión de la autoridad nominadora, su cónyuge, conviviente en unión de hecho, parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, estuvieren laborando bajo la modalidad de contratos de servicios ocasionales o contratos civiles de servicios profesionales sujetos a esta ley, en la misma institución o en una institución que está bajo el control de esta autoridad, o para el caso de las superintendencias, de las instituciones del Estado que estén vigiladas, auditadas o controladas por éstas, los contratos seguirán vigentes hasta la culminación de su plazo y la autoridad nominadora estará impedida de renovarlos. Los cargos de libre nombramiento y remoción se darán por concluidos al momento de la posesión de cualquiera de las autoridades nominadoras. Tampoco se podrá contratar o nombrar personas que se encuentren dentro de los grados de consanguinidad establecidos en este artículo mientras la autoridad a la que hace referencia este inciso, se encuentre en funciones”.

El Art. 7 de la Ley Orgánica en estudio, determina las responsabilidades y sanciones por nepotismo y expresa que sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal a que hubiere lugar, “carecerán de validez jurídica, no causarán egreso económico alguno y serán considerados nulos, los nombramientos o contratos incursos en los casos señalados en el artículo 6 de esta Ley”. Añade que será sancionada con la destitución de su puesto, previo el debido proceso, la autoridad nominadora que designe o contrate personal contraviniendo la prohibición de nepotismo establecida en esta Ley, conjuntamente con la persona ilegalmente nombrada o contratada; además, será solidariamente responsable por el pago de las remuneraciones erogadas por la Institución.

El inciso tercero del Art. 7 de la LOSEP, establece que el responsable de la Unidad de Administración del Talento Humano, así como el servidor encargado que a

sabiendas de la existencia de alguna causal de nepotismo, hubiere permitido el registro del nombramiento o contrato, será responsable solidariamente del pago indebido señalado en este artículo.

La referida Ley Orgánica, en el Art. 48 entre las causales de destitución menciona en la letra "i) Suscribir, otorgar, obtener o registrar un nombramiento o contrato de servicios ocasionales, contraviniendo disposiciones expresas de esta Ley y su reglamento".

El Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, en el Art. 6 dispone que en los casos previstos en los artículos 6 y 7 de la LOSEP, (disposiciones referidas a la designación, nombramiento, posesión o contratos incurridos en nepotismo y a las responsabilidades y sanciones que hubiere lugar), la autoridad nominadora o su delegado no puede nombrar, designar, celebrar contratos de servicios ocasionales o contratos bajo cualquier modalidad y/o posesionar dentro de la misma institución a las personas determinadas en dichas disposiciones legales; caso contrario, podrá ser sujeto de las sanciones y las responsabilidades ahí previstas.

Añade el Art. 6 del citado Reglamento, que su inobservancia dará lugar a la nulidad del nombramiento o contrato y de ser el caso a la devolución de las remuneraciones o ingresos complementarios pagados indebidamente, más sus intereses legales por parte del responsable de la Unidad de Administración del Talento Humano y del servidor encargado de registrar el nombramiento o contrato, siempre y cuando no haya advertido por escrito la inobservancia de esta norma a la autoridad nominadora, a su delegado o al Ministerio de Relaciones Laborales.

La Disposición General Tercera de la LOSEP, establece que el nepotismo, la inhabilidad especial por mora, la responsabilidad por pago indebido, el pluriempleo, las inhabilidades y las prohibiciones para desempeñar cargos públicos, constituirán normas de aplicación general para todas las entidades y organismos dispuestos en el Art. 3 de esa Ley.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización contempla el nepotismo en su artículo 331, al disponer que está prohibido al ejecutivo de los gobiernos autónomos descentralizados: "...l) Asignar cargos y contratos a parientes que se encuentren dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, aún a través de interpuesta persona o a través de personas jurídicas de conformidad con la ley".

Según el artículo 354 del citado Código Orgánico, los servidores públicos de cada gobierno autónomo descentralizado se registrarán por el marco general que establezca la ley que regule el servicio público y su propia normativa.

Con respecto al nepotismo, la Procuraduría General del Estado ya se ha pronunciado en el sentido de que “Tratándose de una norma de derecho público, la figura del nepotismo que establecen los artículos 230 numeral 2, de la Constitución de la República; e incisos primero y segundo del artículo 6 de la LOSEP y su Disposición General Tercera, está referida a aquellas personas que mantienen vínculos de parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad o ser el cónyuge o conviviente en unión de hecho de la autoridad nominadora de quien proviene la designación. Prohibición que también se extiende a los miembros de los cuerpos colegiados de la respectiva entidad, no siendo aplicable a personas o autoridades distintas de las determinadas en dicha norma, salvo las prohibiciones adicionales establecidas en el mismo Art. 6 de la referida Ley Orgánica del Servicio Público”.

De su parte, esta Procuraduría, mediante oficio No. 16605 de 12 de mayo de 2005, en atención a una consulta al Alcalde del Cantón Playas, con respecto a si se configura el nepotismo cuando el parentesco por afinidad es por causa superviniente, esto es, con posterioridad a la fecha de nombramiento, se pronunció en el siguiente tenor:

“Lo dicho lleva a determinar que el nepotismo opera el momento de la ejecución del acto administrativo (designación, nombramiento o contrato) a favor de las personas vinculadas por parentesco en los términos antes indicados”.

Adicionalmente, la Procuraduría General del Estado se ha pronunciado de manera reiterada, según consta de los oficios Nos. 22095, 29405 y 008752 de 16 de enero de 2006, 21 de noviembre de 2006 y 29 de febrero de 2008, respectivamente, en el sentido de que cuando la designación de la autoridad nominadora o de los cuerpos colegiados que ella integra, se ha producido con anterioridad al nombramiento o contrato a favor de su cónyuge o conviviente o sus parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, no se incurre en la prohibición de nepotismo. En consecuencia, idéntica aplicación corresponde cuando el parentesco se origina con posterioridad al nombramiento o contrato a favor de las personas antes señaladas.

De los antecedentes señalados en el oficio de consulta, y de las normas hasta aquí analizadas, se desprende que si al momento de la designación de un servidor público, no existía el parentesco por afinidad entre aquél y la autoridad nominadora, sino que la afinidad sobrevino después de la designación, nombramiento o contrato del referido servidor, por el nacimiento de un hijo, procreado con el hermano de la autoridad nominadora; y, en consecuencia, el parentesco por afinidad fue superviniente a la designación del servidor, por tal razón no se

incurre en la prohibición de nepotismo ya que de conformidad con el artículo 6 de la LOSEP, dicha prohibición se configura en el momento en que se produce el acto administrativo de designación o nombramiento de los parientes de la autoridad nominadora o de los parientes de los miembros del concejo municipal en los grados previstos en el mismo artículo de la LOSEP.

Este pronunciamiento se refiere a la inteligencia y aplicación de las normas invocadas, sin que sea competencia del Procurador General del Estado pronunciarse sobre un caso particular.

OF. PGE. N°: 07560, de 27-04-2012

CONCEJO CANTONAL: ATRIBUCIONES PARA EXPEDIR REGLAMENTOS

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN PAUTE

CONSULTA:

“Si es atribución del Concejo Cantonal expedir Reglamentos para la aplicación de la normativa vigente dentro del Territorio Cantonal”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 264.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 57 lit. y), 322, 323, 325, 343, 346, 380, 492, 496 y 522.

PRONUNCIAMIENTO:

En el oficio No. GMAP-PS-2011-0268 de 30 de noviembre de 2011, el Procurador Síndico Municipal de Paute manifiesta que: “Ni los Arts. 264 inciso final de la Constitución de la República del Ecuador, 57 literal a), 322 y 323 del COOTAD establecen que es competencia exclusiva o atribución del I. Concejo Cantonal expedir reglamentos”; pero que, en el supuesto caso que compete al Concejo Cantonal expedir Reglamentos, “sus proyectos deberán referirse a una sola materia y serán presentados con la exposición de motivos, el articulado que se proponga y la expresión clara de los artículos. Los proyectos que no reúnan estos requisitos no serán sometidos, esto es un requisito fundamental para que una normativa de aplicación a nivel Cantonal pueda tener el carácter de obligatorio, es más para este tipo de normas se debe cumplir con todas las solemnidades que

exige la ley, como es que sea discutida en dos debates y publicado en los medios que la Ley establece”.

Expresa el Procurador Síndico que, en cuanto los acuerdos y resoluciones “son temas específicos y especiales al tener estas características no es aplicable en todo el territorio del Cantón, por lo tanto no es obligatorio para todos los habitantes su cumplimiento; para su vigencia se necesita que sea aprobado por el I. Concejo Cantonal en un solo debate y no se requiere de publicación en ningún medio establecido por la Ley”.

Concluye el Procurador Síndico con el siguiente criterio jurídico: “claramente se determina que el I. Concejo Cantonal está facultado para expedir Ordenanzas, acuerdos y resoluciones, cada una de ellas cumpliendo sus respectivos requisitos y solemnidades para su vigencia”.

El inciso final del artículo 264 de la Constitución de la República, mencionado por el Procurador Síndico Municipal de Paute, establece que los gobiernos municipales en el ámbito de sus competencias y territorio, y en uso de sus facultades “expedirán ordenanzas cantonales”.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, en su artículo 7 expresa que 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”.

De conformidad con el artículo 57 del COOTAD, corresponde al concejo municipal: “a) El ejercicio de la facultad normativa en las materias de competencia del gobierno autónomo descentralizado municipal, mediante la expedición de ordenanzas cantonales, acuerdos y resoluciones;...y) Reglamentar los sistemas mediante los cuales ha de efectuarse la recaudación e inversión de las rentas municipales”.

De otra parte, respecto al proceso de consulta prelegislativa dentro de la circunscripción territorial de los gobiernos autónomos descentralizados, sobre normas que pudieren afectar derechos colectivos de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, el inciso final del artículo 325 del COOTAD, establece que el respectivo gobierno autónomo descentralizado “podrá mediante ordenanza o resolución para el caso de los gobiernos parroquiales rurales reglamentar y desarrollar esta disposición”.

En lo atinente a la administración financiera, el inciso segundo del artículo 343 del citado COOTAD dispone que el tesorero de cada gobierno regional, provincial, metropolitano y municipal “será responsable ante la máxima autoridad financiera del cumplimiento de sus deberes y atribuciones, los cuales se determinarán en el reglamento respectivo aprobado por cada gobierno autónomo descentralizado”.

En cuanto a la obligación de recibir pagos por cualquier crédito municipal, el inciso segundo del artículo 346 del COOTAD determina que el tesorero está obligado a recibir abonos que se anotarán en el respectivo título de crédito o en el registro correspondiente “y se contabilizarán diariamente, de acuerdo en el reglamento que se dictará al efecto”.

En relación con el cumplimiento de los actos administrativos municipales, el inciso tercero del artículo 380 del COOTAD confiere facultades a las autoridades de los gobiernos autónomos descentralizados para imponer multas compulsorias de forma proporcional y progresiva hasta lograr el cumplimiento efectivo del acto administrativo; añadiendo que: “La reglamentación y limitaciones estarán establecidas en la normativa seccional correspondiente”.

Respecto de los impuestos municipales, el artículo 492 del COOTAD dispone que: “Las municipalidades y distritos metropolitanos reglamentarán por medio de ordenanzas el cobro de sus tributos”.

Sobre la actualización del avalúo de las propiedades urbanas y rurales y de los catastros municipales, el inciso segundo del artículo 496 del COOTAD dispone que una vez concluido dicho proceso, “notificará por la prensa a la ciudadanía, para que los interesados puedan acercarse a la entidad o acceder por medios digitales al conocimiento de la nueva valoración; procedimiento que deberán implementar y reglamentar las municipalidades”. En este sentido, el inciso segundo del artículo 522 del referido Código Orgánico expresa que concluido el proceso de actualización de catastro y de valoración de la propiedad rural que deberá efectuarse cada bienio, se notificará por medio la prensa a la ciudadanía para que los interesados puedan acercarse a la entidad o por medios tele informáticos a conocer la nueva valoración, cuyos procedimientos “deberán ser reglamentados por las municipalidades y concejos metropolitanos”.

De las normas antes referidas del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se desprende que los gobiernos autónomos descentralizados tienen atribuciones para ejercer la facultad reglamentaria en las materias que ahí se especifican.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta que de conformidad con los artículos 57 letra y), 325, 343, 346, 380, 492, 496 y 522 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales reglamentar los sistemas de recaudación e inversión de las rentas municipales, los procesos de consulta prelegislativa, los deberes y atribuciones de los tesoreros municipales, la contabilización de los abonos que se reciban por cualquier crédito municipal, la imposición de multas para lograr el cumplimiento de actos administrativos, el cobro de tributos y la actualización del avalúo de las propiedades urbanas y rurales y de los catastros municipales, se concluye que, el Concejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Paute, tiene atribuciones para expedir dentro del territorio cantonal, los reglamentos para la aplicación de la normativa vigente en las materias antes referidas del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

Se deberá tener en cuenta que, los reglamentos para la aplicación de la normativa antes referida deberán ser expedidos a través de ordenanzas, en razón de que el artículo 322 del COOTAD referido a las “Decisiones legislativas” dispone que deben ser aprobados por los consejos regionales y provinciales y los concejos metropolitanos y municipales mediante ordenanzas; en tanto que el artículo 323 del citado Código Orgánico faculta a los gobiernos autónomos descentralizados para expedir acuerdos y resoluciones “sobre temas de carácter especial o específico”, los cuales deben ser notificados a los interesados; normas que guardan concordancia con el artículo 57 letra a) del referido Código Orgánico.

OF. PGE. N°: 06013, de 18-01-2012

**CONSEJO CANTONAL DE SALUD: NATURALEZA
ADMINISTRATIVA Y PRESUPUESTARIA –PAGO DE DIETAS**

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN LOJA

CONSULTA:

“¿La Municipalidad de Loja tiene competencia para crear, mantener y financiar el Consejo Cantonal de Salud?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 226.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud Arts. 2, 7, 8, 9, 13, 14, 16 num. 3, 23 y 24; y, 62 inc. 1, 63, 64, 65, 66 y 67 de su Reglamento.

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 125; y, 265 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

De manera previa a atender su consulta, mediante oficio No. 04792 de 18 de noviembre de 2011, esta Procuraduría solicitó al Consejo Nacional de Competencias el criterio institucional respecto del caso planteado; lo cual fue atendido por el Presidente de dicha Institución en oficio No. CNC-SE-2011-0189 de 25 de noviembre de 2011, ingresado a esta Procuraduría el 13 de diciembre de 2011.

Mediante oficios Nos. 04793 y 05565 de 18 de noviembre y 22 de diciembre de 2011, esta Procuraduría solicitó el criterio institucional del Ministerio de Salud Pública, el cual fue atendido por el Coordinador General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Salud en oficio s/n de 9 de febrero de 2012, ingresado a esta Procuraduría el 15 de febrero del presente año.

En el oficio No. 0942-AJM-2011 de 7 de octubre de 2011, anexo a su oficio de consulta, la Procuradora Síndica Municipal manifiesta que el Municipio de Loja, en uso de las atribuciones concedidas por la Constitución y la Ley, procedió a crear mediante ordenanza el Consejo Cantonal de Salud de Loja, entidad dotada únicamente de autonomía administrativa, pues entre sus funciones no consta de presupuesto ni de financiamiento alguno.

Concluye la Procuradora Síndica expresando que: “la Municipalidad no puede ni debe mantener y financiar el Consejo Cantonal de la Salud; por no estar previsto en la ley, pues el principio de legalidad consagrado en la Constitución manda al funcionario público ceñirse al texto legal íntegro. Pues el Art. 17 de la Ley del Sistema Nacional de Salud, establece lo siguiente.- ‘El Consejo Nacional de Salud, se crea como entidad pública con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, con domicilio en el Distrito Metropolitano de Quito’. Por lo tanto le corresponde al Consejo Nacional de Salud, mantener y financiar a los consejos cantonales; no existe norma legal que prescriba u ordene a la municipalidad hacer uso de su presupuesto para destinar al Consejo Cantonal de la Salud”.

A su oficio adjunta copia simple de la Ordenanza de Funcionamiento del Consejo Cantonal de Salud de Loja, aprobada por el Concejo Municipal en sesiones ordinarias de 27 de diciembre de 2005 y 21 de febrero de 2006; y sancionada por el Alcalde del Cantón el 24 de febrero del 2006.

En el oficio No. CNC-SE-2011-0189 de 25 de noviembre de 2011, el Presidente del Consejo Nacional de Competencias manifiesta que, “Los Consejos de Salud, en cuanto a su naturaleza, son espacios, ‘instancias’ de concertación de la política de salud y, por lo tanto, no requieren estar dotados de estructura orgánica y patrimonio para su funcionamiento. Se trata además de órganos del Sistema Nacional de Salud, como lo dispone el artículo 16 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, en relación con el artículo 62 del respectivo Reglamento y, por lo tanto, no forman parte de la estructura ni el gobierno central (Ministerio de Salud), ni los gobiernos autónomos descentralizados (provinciales o cantonales)”.

Respecto de la creación y organización de los Consejos de Salud, el Presidente del Consejo Nacional de Competencias expresa que: “al encontrarse los Consejos de Salud expresamente creados y suficientemente desarrollada su regulación en la Ley y su Reglamento, no es menester la expedición de acto normativo ulterior que les dé creación, o que tenga por objeto regular su estructura y funcionamiento. La facultad otorgada en este sentido al Alcalde por el artículo 67 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, se refiere exclusivamente a la Presidencia del Consejo, para establecer una estructura técnico administrativa mínima”.

Concluye el Presidente del Consejo Nacional de Competencias manifestando que “al ser los Consejos de Salud órganos creados en la Ley y regulados en detalle en su respectivo reglamento, y al no integrar o formar parte de la estructura del Gobierno Central, ni el Gobierno Municipal, no procede acto normativo de creación de parte del Ministerio o de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales o Municipales. De igual manera, al tratarse de instancias o espacios de coordinación de políticas, no requieren de estructura orgánica, presupuesto o personería jurídica, sin perjuicio de la facultad que establece el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud a los Gobiernos Municipales, para dotar a la Presidencia del Consejo de una estructura mínima para su funcionamiento. Por consiguiente, en nuestro criterio, no corresponde a los Gobiernos Autónomos Descentralizados Autónomos Municipales la creación, mantención y financiamiento de los Consejos Cantonales de Salud; sino tan solo de dotar, vía ordenanza, de una estructura mínima a la Presidencia del Consejo para su adecuado funcionamiento”.

El criterio emitido por el Coordinador General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Salud Pública en su oficio s/n de 9 de febrero de 2012, expresa que “los Consejos de Salud en apoyo al Sistema Nacional de Salud, funciona de manera descentralizada, desconcentrada con el apoyo a nivel cantonal de los Consejos Cantonales de Salud – CCS, organismos que se encuentran presididos por

el Alcalde o su representante; la Secretaría Técnica la ejerce el Jefe del Área de Salud designado, conformado por representantes del sistema que actúan a nivel cantonal”.

Concluye el Coordinador General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Salud Pública expresando que: “La formulación del Plan Estratégico cantonal de salud será bienal, de responsabilidad de los consejos cantonales de salud y se enfoca en la salud familiar y comunitaria, forma parte del Plan de Desarrollo Cantonal aprobado por el respectivo Concejo Municipal; contarán con su respectivo presupuesto y financiamiento, y serán el resultado de los compromisos asumidos voluntariamente por todos o algunos de los integrantes representados en el Consejo Cantonal de salud”.

Con estos antecedentes, atiendo la consulta formulada por usted en los siguientes términos:

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, en el artículo 2 expresa que el Sistema Nacional de Salud “estará constituido por las entidades públicas, privadas, autónomas y comunitarias del sector salud, que se articulan funcionalmente sobre la base de principios, políticas, objetivos y normas comunes”.

El artículo 7 de la citada Ley Orgánica establece que forman parte del Sistema Nacional de Salud, entre otras entidades públicas y privadas que ahí se especifican: “...9. Organismos seccionales: Consejos Provinciales, Consejos Municipales y Juntas Parroquiales”.

El artículo 8 de la mencionada Ley Orgánica expresa lo siguiente:

“La participación de las entidades que integran el Sistema, se desarrollará respetando la personería y naturaleza jurídica de cada institución, sus respectivos órganos de gobierno y sus recursos.

Por tanto, las entidades u organismos autónomos y/o de derecho privado que integran el Sistema Nacional de Salud, conservarán su autonomía administrativa, técnica, funcional y financiera y sus recursos no formarán parte de los fondos de financiamiento del Sistema Nacional de Salud”.

El artículo 13 de la indicada Ley Orgánica, referido a la función de financiamiento del Sistema Nacional de Salud, determina que el Consejo Nacional de Salud establecerá mecanismos que permitan la asignación equitativa y solidaria de los recursos financieros entre grupos sociales, provinciales y cantonales; y en su inci-

so cuarto dispone que: “En el marco de la desconcentración y descentralización en salud vigente, el Estado asignará de manera total y automática los recursos financieros correspondientes a las direcciones provinciales, jefaturas de área y los municipios que lo soliciten conforme a los planes de salud y de acuerdo con los criterios de equidad, índice poblacional y riesgo epidemiológico, a excepción de los recursos que se requieran para el ejercicio de la coordinación del Ministerio de Salud Pública”.

El artículo 14 de la referida Ley Orgánica expresa que los Consejos de Salud como organismos de representación de los integrantes del Sistema, “son instancias de coordinación, concertación sectorial, articulación interinstitucional e intersectorial, en apoyo al funcionamiento del Sistema”.

De acuerdo con el numeral 3 del artículo 16 de la indicada Ley Orgánica, el Sistema Nacional de Salud cuenta en el nivel cantonal con los Consejos Cantonales de Salud.

El inciso primero del artículo 23 de la citada Ley Orgánica expresa que los Consejos Cantonales de Salud estarán presididos por el Alcalde o su representante; y en su inciso segundo determina que: “Se conformarán con representantes de los integrantes del Sistema que actúan a nivel cantonal y de las Juntas Parroquiales. Se promoverá la participación paritaria del Estado y la sociedad civil”.

Conforme al artículo 24 de la mencionada Ley Orgánica, son funciones de los consejos Cantonales de Salud, entre otras: “1. Aplicar la política nacional en salud, adaptada al ámbito cantonal;...3. Coordinar las acciones de promoción de la salud con otras entidades de desarrollo provincial, local y la comunidad; 4. Apoyar la organización de la red de servicios en el cantón; 5. Promover la participación, control social y el cumplimiento y exigibilidad de los derechos de los usuarios”.

El Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, en el inciso primero del artículo 62 prescribe que el Consejo Cantonal de Salud “creado por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, es un organismo público, de carácter funcional, dotado de autonomía administrativa, que coordina la ejecución y gestión de las políticas y planes de salud en el ámbito cantonal”.

Conforme al artículo 63 del indicado Reglamento, el Consejo Cantonal de Salud cuenta para su funcionamiento con los siguientes órganos de decisión: a) El Pleno; y, b) La Presidencia.

El artículo 64 del citado Reglamento, referido a la integración de los miembros al Pleno del Consejo Cantonal de Salud determina lo siguiente:

“El Concejo Cantonal de Salud se integrará obligatoriamente en la primera asamblea general ordinaria del año de su conformación, cumpliendo las siguientes normas:

- a) El Alcalde del cantón, o su representante único y permanente que es su Presidente nato;
- b) el Jefe del área de salud quien ejerce la Secretaria Técnica. En caso de existir más de uno en un mismo cantón o mancomunidad de cantones, el Director Provincial de Salud nombrará a dicho representante;
- c) Los representantes con poder de decisión del IESS y del Seguro Social Campesino, si existieren en el ámbito cantonal;
- d) Únicamente participarán los organismos públicos y privados, con y sin fines de lucro que a la fecha de convocatoria, hayan obtenido su personería jurídica y realicen acciones de salud específicamente en el cantón de que se trate;
- e) El proceso de elección o designación de representantes al Concejo Cantonal de Salud deberá efectuarse dentro de los últimos 60 días laborables del año anterior a su integración, para cuyo efecto, el Alcalde, conminará a las organizaciones, entidades e instituciones, a realizar dicho proceso;
- f) Los demás integrantes que representen a las entidades determinadas en el Art. 7 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, se integrarán al Concejo Cantonal, única y exclusivamente en los casos en que la entidad a la que representen tengan programas y actividades específicas de salud en el cantón, y,
- g) La participación de la sociedad civil y de base comunitaria será prioritaria en relación con el número de delegados de las instituciones, salvaguardando la equidad social, de género, generacional y étnico – cultural”.

El artículo 66 del mencionado Reglamento, establece como funciones del Consejo Cantonal, además de las previstas en el artículo 24 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, entre otras: “a) Elaborar, aprobar y evaluar, la política y el Plan Estratégico Cantonal de Salud, los cuales serán formulados participativamente, en el marco del Plan de Desarrollo Cantonal y presentarlos al Concejo Municipal; ...f) Participar activamente en la organización y capacitación de: las organizaciones comunitarias, comités de usuarios y demás organizaciones en el nivel cantonal; g) Apoyar al Concejo Municipal en la formulación e implementación de políticas saludables”.

Del artículo 24 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud y el artículo 66 de su Reglamento, se colige que los Consejos Cantonales de Salud, son instancias de participación para el establecimiento de políticas en el sector de la salud.

El inciso segundo del artículo 65 del citado Reglamento dispone que el Pleno del Consejo Cantonal de la Salud “se reunirá ordinariamente al menos cada dos meses y de forma extraordinaria las veces que considere necesarias”.

Toda vez que conforme al artículo 64 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, el Pleno del Consejo Cantonal de la Salud está conformado por representantes de entidades públicas y privadas, se debe tener en cuenta lo relativo al pago de dietas que corresponde a los miembros de dichos consejos por las sesiones a las que asistan, conforme a lo dispuesto en el artículo 65 de dicho Reglamento.

Tanto la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud como su Reglamento de aplicación, no contemplan entre sus disposiciones, lo relativo al pago de dietas por las sesiones a las que asistan los miembros del Pleno del Consejo Cantonal de Salud; no obstante lo cual, se deberá tener presente para tal efecto, el artículo 117 de la Ley Orgánica del Servicio Público, el cual establece que 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 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 esa 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 dietas por su participación en los mismos, ni al otorgamiento de ningún otro beneficio adicional.

Sin embargo, el artículo 125 de la mencionada Ley Orgánica prescribe que aquellos miembros que no perciben ingresos del Estado y fueran designados como representantes o vocales de directorios, juntas, comités o cuerpos colegiados en general, de las instituciones del Estado, tendrán derecho a percibir dietas, de conformidad a las regulaciones que para el efecto emita el Ministerio de Relaciones Laborales.

La Disposición Transitoria Cuarta de la Ley Orgánica del Servicio Público, dispone que en el plazo de un año, el Ministerio de Relaciones Laborales expedirá los Acuerdos Ministeriales que regulen lo dispuesto en esta Ley para los ingresos complementarios, éstos serán reconocidos en la forma prevista en las reglamentaciones vigentes en cada una de las instituciones del Estado.

Sobre esta misma materia, el inciso primero del artículo 265 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público dispone que los servidores públicos no percibirán ingresos por concepto de dietas por parte del Estado, cuando sean designados como representantes o vocales a directorios, juntas, comités o cuerpos colegiados en general, incluyéndose a los docentes y servidores de las instituciones del Estado establecidas en el artículo 3 de la LOSEP.

El inciso segundo del referido artículo 265 del Reglamento de la LOSEP determina que este reconocimiento exclusivamente se lo efectuará a aquellas personas que no tienen la calidad de servidores públicos y no perciben ingresos del Estado; y concluye que a partir de la fecha de su designación si está establecido que no se pague en el cuerpo colegiado el valor correspondiente a las dietas, se lo hará en la institución que lo designó y se imputará dicho pago con posterioridad a la partida de dietas de la institución a la cual pertenece el cuerpo colegiado; correspondiendo al Ministerio de Relaciones Laborales expedir las regulaciones para el reconocimiento de las dietas.

Se deberá tener en cuenta para efectos del pago de dietas por sesión realizada, lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 3 del “Reglamento Sustitutivo para el pago dietas a los miembros de consejos, directorios, juntas, comités o cuerpos colegiados en general”, el cual dispone que el valor de la dieta por sesión realizada será el equivalente al cinco por ciento de la remuneración mensual unificada establecida y aprobada legalmente para el grado uno de la Escala de Remuneraciones Mensuales Unificadas del Nivel Jerárquico superior que se encuentre en vigencia.

En consecuencia de lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 125 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 265 de su Reglamento General, tendrán derecho al pago de dietas únicamente los miembros del Pleno del Consejo Cantonal de Salud que no tengan la calidad de servidores públicos o que no perciban ingresos del Estado.

En este sentido me pronuncié respecto al pago de dietas, en oficios Nos. 3035 y 3945 de 28 de julio y 29 de septiembre de 2011, con motivo de las consultas formuladas por el Cuerpo de Bomberos de Samborondón y Autoridad Portuaria de Puerto Bolívar, en su orden.

Respecto de la Presidencia del Consejo Cantonal de Salud, el inciso primero del artículo 67 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud dispone lo siguiente:

“Art. 67.- De la Presidencia del Concejo Cantonal de Salud.- La Presidencia del Concejo Cantonal es ejercida por el Alcalde del cantón o su representante único y permanente. Para su funcionamiento contará con una estructura técnico administrativa mínima de conformidad con la ordenanza municipal que se dictare para el efecto”.

De los artículos 2 y 14 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, y artículo 67 de su Reglamento General se establece que los Consejos de Salud son instancias de concertación integradas por entidades públicas y privadas, que se articulan sobre la base de principios, políticas, objetivos y normas comunes, presididos en el nivel cantonal por el Alcalde del cantón o su representante único y permanente, y funcionan con una estructura administrativa mínima conforme a la ordenanza que se dicte para el efecto.

Cabe tener presente que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 226 de la Constitución de la República, “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley”.

De conformidad con los artículos 16 numeral 3 y artículos 23 y 24 de la Ley Orgánica de la Salud, los Consejos Cantonales de la Salud fueron creados como instancias del Sistema Nacional de Salud, cuyas funciones principales son aplicar la política nacional en salud, adaptada al ámbito cantonal y formular y evaluar el Plan Integral de Salud en el cantón.

En virtud de lo expuesto, se concluye que no es necesario que la Municipalidad a su cargo cree mediante acto normativo el Consejo Cantonal de Salud de Loja, puesto que dicho Consejo ha sido creado conforme al numeral 3 del artículo 16 de la Ley Orgánica de la Salud, el cual establece que el Sistema Nacional de Salud cuenta en el nivel cantonal con los Consejos Cantonales de Salud.

Por su parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, dotar a través de una ordenanza de la estructura mínima a la Presidencia de dicho Consejo y del respectivo financiamiento para su funcionamiento.

Respecto al pago de dietas a los miembros del Pleno del Consejo Cantonal de la Salud que no tengan la calidad de servidores públicos o que no perciban ingresos del Estado, de deberá aplicar lo dispuesto en los artículos 117, 125 de la Ley

Orgánica del Servicio Público, y 265 de su Reglamento General, los cuales disponen el pago de dietas únicamente a aquellas personas que no tienen la calidad de servidores públicos y no perciben ingresos del Estado y fueren designados como representantes o vocales a directorios, juntas, comités o cuerpos colegiados en general, de las instituciones del Estado.

En consecuencia, al amparo del artículo 67 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de la Salud, se concluye que la Municipalidad de Loja está facultada para expedir la ordenanza que regule la estructura técnico administrativa del Consejo Cantonal de la Salud, incluyendo el presupuesto que permita su funcionamiento, debiendo además establecer si las dietas del indicado Consejo serán cubiertas por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal, para lo cual tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 265 del Reglamento a la LOSEP, según se ha analizado ya en este pronunciamiento.

OF. PGE. N°: 06576, de 23-02-2012

CONSEJO NACIONAL DE LOS GOBIERNOS PARROQUIALES RURALES DEL ECUADOR: COMPETENCIA PARA OTORGAR PERSONERÍA JURÍDICA

ENTIDAD CONSULTANTE: JUNTA PARROQUIAL RURAL “VALLE HERMOSO”

CONSULTAS:

1. ¿Quién es el organismo competente para otorgar personería jurídica, reformar estatutos e inscribir directivas de las asociaciones provinciales de los gobiernos autónomos parroquiales rurales?
2. ¿Puede el Presidente del Consejo Nacional de Gobiernos Parroquiales Rurales del Ecuador inscribir el estatuto de una Asociación de Gobiernos Parroquiales Rurales de una provincia, sin que este haya sido previamente aprobado por un Ministerio como lo determina el Reglamento que regula la constitución de personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro?
3. ¿Cuáles son las funciones del Consejo Nacional de Gobiernos Parroquiales Rurales del Ecuador respecto de la constitución, personería jurídica, reforma de estatutos e inscripción de directivas de las asociaciones provinciales de los gobiernos autónomos parroquiales rurales?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 147 num. 13 y 425.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Art. 313 y Disp. Trans. Vigésimo Primera.

Ley Orgánica de Juntas Parroquiales Rurales Arts. 17 (derogada); y, 38 de su Reglamento.

Código Civil Art. 584.

Reglamento para la aprobación, control y extinción de las personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro Art. 2.

Reglamento para la aprobación de Estatutos, Reformas y Codificaciones, Liquidaciones y Disolución, y Registro de Socios y Directivas, de las Organizaciones Previstas en el Código Civil y en las leyes especiales Arts. 3 y 25.

D. E. N° 410 Art. 2.

Estatuto por Procesos del Ministerio de Coordinación de la Política Arts. 9, 10 y 11 lit. c).

Estatuto por Procesos del Consejo Nacional de Gobiernos Parroquiales Rurales del Ecuador Arts. 4, 22 y 23.

PRONUNCIAMIENTO:

El informe jurídico de la Entidad consultante, contenido en oficio sin número, de 31 de enero de 2012, suscrito por el Secretario del Gobierno Autónomo Descentralizado Parroquial de Valle Hermoso, expone que la Asociación de Juntas Parroquiales Rurales de la Provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas se constituyó mediante Acuerdo No. 408 del Subsecretario de Coordinación Política del Ministerio del Interior, publicado en el Primer Suplemento del Registro Oficial No. 119 de 29 de enero de 2010, con sujeción al Reglamento para la aprobación, control y extinción de las personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro, publicado en el Registro Oficial No. 660 de 11 de septiembre de 2002.

Agrega que, en aplicación del artículo 313 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), que establece que los gobiernos autónomos descentralizados en cada nivel de gobierno, tendrán una entidad asociativa de carácter nacional, se creó el Consejo Nacional de Gobiernos Parroquiales Rurales del Ecuador (CONAGOPARE). Como se verá más adelante, dicho Consejo sustituyó al CONAJUPARE creado al amparo de la Ley Orgánica de Juntas Parroquiales derogada por el COOTAD.

El informe jurídico de la Entidad consultante invoca el artículo 2 del Reglamento para la aprobación, control y extinción de las personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro y sobre su base concluye que: “El organismo competente

para otorgar personería jurídica, reformar estatutos e inscribir directivas de las asociaciones provinciales de los gobiernos autónomos parroquiales rurales es el Ministerio Coordinador de la Política”; y agrega que: “El Presidente del Consejo Nacional de Gobiernos Parroquiales Rurales del Ecuador tiene como función entre otras la de inscribir el estatuto y la directiva de una Asociación de Gobiernos Parroquiales Rurales de una provincia, pero que haya sido previamente expedido y aprobado mediante acuerdo ministerial como lo determina el artículo 3 del citado reglamento”.

Por su parte, el Presidente del Consejo Nacional de Gobiernos Parroquiales Rurales del Ecuador (CONAGOPARE) en el oficio No. 127-12-CCH-WT-CONAGOPARE de 21 de marzo de 2012, cita los artículos 100 de la Constitución de la República y 313 del COOTAD, y manifiesta que las instancias organizativas territoriales de los GADs son producto de la ley, no requieren aprobación por ninguna Cartera de Estado porque son entidades del sector público, y por tanto no están sujetas a la aplicación del Reglamento que regula la constitución de personas jurídicas de derecho privado; y, concluye: “Las funciones del CONAGOPARE conforme al Art. 313 del COOTAD, son las de aprobar sus propios Estatutos, y dentro de estos conformar sus propias instancias organizativas territoriales”.

En el oficio No. MCPGAD-ST-CGGAD-DDCP-2012-032 de 2 de abril de 2012, el Ministro de Coordinación de la Política y Gobiernos Autónomos Descentralizados, expone que según el artículo 313 del COOTAD, “quien tiene personería jurídica es la entidad asociativa de carácter nacional (léase CONAGOPARE); que las instancias organizativas territoriales “no tienen personería jurídica-pública y por lo tanto son de carácter delegativo, puesto que son creadas por estatuto”; que: “es competencia del MCP-GAD la aprobación de estatutos, como lo previenen los reglamentos respectivos.”; y, concluye que “No puede inscribir el estatuto de una Asociación de Gobiernos Parroquiales de una provincia el Presidente del Consejo Nacional de Gobiernos Parroquiales Rurales del Ecuador, sin que este haya sido aprobado por el Ministerio de Coordinación de la Política y Gobiernos Autónomos Descentralizados”.

El contenido de la consulta exige considerar como antecedente que el artículo 17 de la Ley Orgánica de Juntas Parroquiales Rurales, derogada por la letra c) de la Disposición Derogatoria Primera del COOTAD, preveía que las juntas parroquiales podrían asociarse con el fin de fortalecer el desarrollo parroquial y la gestión de las áreas rurales de su circunscripción territorial; y, el artículo 38 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Juntas Parroquiales Rurales, que establecía el procedimiento de aprobación del Estatuto de las asociaciones parroquiales en los siguientes términos:

“Las juntas parroquiales rurales que hubieren resuelto asociarse, solicitarán por escrito al Ministerio de Gobierno el reconocimiento de su Estatuto Social señalando el objeto, domicilio, forma de administración y liquidación de la sociedad.

El Ministerio para conceder personería jurídica a una sociedad parroquial comprobará documentadamente la existencia de la voluntad de asociarse por cada uno de los directorios de las juntas parroquiales rurales miembros. Las asociaciones parroquiales de acuerdo al carácter de representación deberán acreditar por lo menos de las dos terceras partes del total de parroquias representadas, verificado lo cual, el Ministro dictará el correspondiente acuerdo aprobando el Estatuto y ordenará su publicación en el Registro Oficial.

No se admitirá dos o más asociaciones parroquiales con el mismo objeto o denominación en un mismo cantón.

La designación de los directorios, así como la inclusión o exclusión de los miembros de las asociaciones parroquiales serán comunicadas oportunamente al Ministerio de Gobierno para su registro, caso contrario tales actos no surtirán ningún efecto legal”.

El artículo 38 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Juntas Parroquiales, confirió al entonces Ministerio de Gobierno, competencia para otorgar personalidad jurídica a las Asociaciones de Juntas Parroquiales, competencia que se trasladó al Ministerio de Coordinación de la Política, en aplicación del artículo 2 reformado del Decreto Ejecutivo No. 410, que dispone: “El Ministerio del Interior tendrá a su cargo el ejercicio de las facultades legales y reglamentarias, y el cumplimiento de las funciones, atribuciones, responsabilidades y competencias asignadas al Ministerio de Gobierno, Policía, Cultos y Municipalidades, excepto en lo referente a cultos que pasan a ser competencia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y, en lo referente a municipalidades, demás gobiernos autónomos descentralizados, que pasan a ser competencia del Ministerio de Coordinación de la Política”. Es pertinente considerar que el Decreto Ejecutivo No. 410 y sus reformas, son anteriores a la promulgación del COOTAD.

Los subnumerales 10 y 11 de la letra c) del numeral 2.1.2 del artículo 9 del Estatuto por Procesos del Ministerio de Coordinación de la Política, incluyen entre las competencias de esa Secretaría de Estado: “10. Registro de directivas de juntas parroquiales”; y, “11. Informes de aprobación de consorcios, asociaciones, mancomunidades y organizaciones de GAD”.

Según se desprende del informe del Secretario del GAD Parroquial de Valle Hermoso, contenido en oficio de 31 de enero de 2012, al que se hizo referencia en los antecedentes de este pronunciamiento, el Subsecretario de Coordinación Política del Ministerio de Gobierno, mediante Acuerdo No. 408, aprobó los Estatutos de la Asociación de Juntas Parroquiales de la Provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas (ASOJUPAR- PSDTS), con el carácter de Corporación, con sujeción al Reglamento para la Aprobación y Control y Extinción de las Personas Jurídicas de Derecho Privado sin Fines de Lucro.

El artículo 3 del citado Reglamento, dispone que: “Sin perjuicio de la facultad del Presidente de la República para aprobar la constitución de fundaciones o corporaciones prevista en el artículo 584 del Código Civil, quienes deseen obtener la aprobación de una organización de este tipo deberán presentar una solicitud, dirigida al Ministro de Estado que corresponda o al Secretario General de la Administración Pública...”. La misma norma establece los requisitos y documentos que se deben acompañar a la solicitud.

Las corporaciones constituidas al amparo del Código Civil y el citado Reglamento, tienen el carácter de personas jurídicas de derecho privado.

Por su parte, el artículo 313 del COOTAD, regula la asociación de gobiernos autónomos descentralizados, en los siguientes términos:

“Art. 313.- Conformación.- Los gobiernos autónomos descentralizados, en cada nivel de gobierno, tendrán una entidad asociativa de carácter nacional, de derecho público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio. Para este fin, los gobiernos autónomos descentralizados respectivos aprobarán en dos debates de la asamblea general su propio estatuto, el cual será publicado en el Registro Oficial. En el caso de los gobiernos parroquiales rurales los debates para la aprobación de sus estatutos se realizarán en la reunión de los presidentes de las asociaciones provinciales. En los estatutos de estas asociaciones nacionales podrán crearse instancias organizativas territoriales, de género, interculturales y otros fines específicos de acuerdo a sus responsabilidades.

Las entidades asociativas nacionales de los gobiernos autónomos descentralizados provinciales y municipales serán financiadas por el aporte de sus miembros en el cinco por mil de las transferencias que reciban de los ingresos permanentes y no permanentes del presupuesto general del Estado. Para el caso de la entidad asociativa de los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales rurales el aporte será del tres por ciento (3%) de las transferencias señaladas, cuyos recur-

sos se distribuirán en el uno por ciento (1%) para la asociación nacional y el dos por ciento (2%) para las asociaciones provinciales.

Estos aportes serán transferidos y acreditados automáticamente por el Banco Central a las cuentas de cada entidad. Las entidades rendirán cuentas semestralmente ante sus socios del uso de los recursos que reciban”.

Del tenor de la norma transcrita se desprende que el COOTAD establece un mecanismo de asociación de los distintos niveles de gobiernos autónomos descentralizados (GADs), previendo que las entidades asociativas de carácter nacional, son personas jurídicas de derecho público.

Con respecto a las entidades asociativas de los gobiernos autónomos descentralizados creadas antes de la promulgación del COOTAD, la Disposición Transitoria Vigésimo Primera del citado Código Orgánico establece que el Consorcio de Consejos Provinciales del Ecuador (CONCOPE), la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (AME) y el Consejo Nacional de Juntas Parroquiales Rurales del Ecuador (CONAJUPARE), deben ajustar sus estatutos a ese cuerpo normativo.

En aplicación de la Disposición Transitoria Vigésimo Primera del COOTAD, el Consejo Nacional de Juntas Parroquiales Rurales del Ecuador (CONAJUPARE) adecuó sus Estatutos y mediante Resolución publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 180 de 15 de agosto de 2011, aprobó el “Estatuto por Procesos del Consejo Nacional de Gobiernos Parroquiales Rurales del Ecuador (CONAGOPARE)”, cuyo artículo 4, dispone: “El Consejo Nacional de Gobiernos Parroquiales Rurales del Ecuador (CONAGOPARE) es una entidad asociativa de carácter nacional, pertenece al sector público, tiene personería jurídica propia, es autónoma tanto administrativa como financieramente y posee patrimonio propio; tiene instancias organizativas territoriales que son las asociaciones provinciales, de derecho público, con personería jurídica, autonomía administrativa financiera y patrimonio propio”.

En cuanto se refiere a las asociaciones de GADs parroquiales, de carácter provincial, el COOTAD no les confiere carácter público, ni establece la forma en que se deben constituir las entidades asociativas de GADs que tengan carácter provincial, y tampoco ha previsto un régimen transitorio aplicable a aquellas asociaciones de juntas parroquiales creadas antes de su promulgación, de conformidad con los artículos 17 de la derogada Ley Orgánica de Juntas Parroquiales Rurales y 38 de su Reglamento General, constituidas como Corporaciones con sujeción al Reglamento para la Aprobación de Estatutos, Reformas y Codificaciones, Li-

quidación y Disolución, y Registro de Socios y Directivas, de las Organizaciones Previstas en el Código Civil y en las leyes especiales.

Con respecto a las asociaciones provinciales de gobiernos parroquiales rurales, el artículo 21 del Estatuto del CONAGOPARE reitera que: "...son instancias organizativas territoriales del CONAGOPARE, se regularán y regirán de conformidad con la Constitución, el COOTAD, las normas vigentes, el presente estatuto y su propia normativa".

El artículo 22 *ibídem*, dispone que el CONAGOPARE mantenga un registro obligatorio de los estatutos, actas de conformación y directivas de las Asociaciones Provinciales de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Parroquiales Rurales; el inciso segundo del mismo artículo, prescribe que "Las normativas de creación de cada instancia organizativa territorial, serán establecidas mediante resolución numerada del Presidente de CONAGOPARE"; y, el artículo 23 *ibídem*, prevé que: "El Presidente de cada asociación, será un Presidente de un GADPR, que una vez elegido por la respectiva entidad asociativa, será registrado en el CONAGOPARE, en base a las actas respectivas que justifiquen tal designación".

De las normas citadas se desprende que, durante la vigencia de la derogada Ley Orgánica de Juntas Parroquiales Rurales, la competencia para conceder personería jurídica a las entidades asociativas de GADs, así como para aprobar la reforma de estatutos e inscribir las directivas de dichas asociaciones, correspondía al Ministerio de Gobierno (posteriormente denominado Ministerio del Interior) y luego al Ministerio de Coordinación de la Política, de conformidad con los Decretos Ejecutivos Nos. 410 publicado en el Registro Oficial No. 235 de 14 de julio de 2010 y 478 publicado en el Registro Oficial No. 292 de 4 de octubre de 2010.

Por tanto, corresponde examinar si la competencia del Ministerio de Coordinación de la Política, se mantiene al amparo de la legislación vigente que regula la asociación de GADs, contenida en el COOTAD.

Al efecto es pertinente considerar que, el artículo 313 del COOTAD, confiere personalidad jurídica pública únicamente a las instancias asociativas de GADs que tuvieren carácter nacional, y conforme antes se analizó, el COOTAD no ha establecido un régimen transitorio aplicable respecto de las entidades asociativas de GADs de carácter provincial.

En forma adicional, es pertinente considerar que el Estatuto del CONAGOPARE, expedido por Resolución de ese Consejo, tiene rango inferior al Reglamento para la Aprobación de Estatutos, Reformas y Codificaciones, Liquidación y Disolu-

ción, y Registro de Socios y Directivas, de las Organizaciones Previstas en el Código Civil y en las leyes especiales, de conformidad con el orden jerárquico de aplicación de las normas, establecido por el artículo 425 de la Constitución de la República, en virtud de que el citado Reglamento ha sido expedido y reformado mediante Decreto Ejecutivo, en ejercicio de la potestad reglamentaria que corresponde al Presidente de la República de conformidad con el numeral 13 del artículo 147 de la Constitución de la República.

Del análisis jurídico que precede, en atención a los términos de su primera consulta se concluye que, en virtud de que el artículo 313 del COOTAD confiere el carácter público únicamente a las asociaciones nacionales de GADs, la personería de las asociaciones provinciales de gobiernos parroquiales rurales nace del Código Civil, por lo que la competencia para otorgar personería jurídica, reformar estatutos e inscribir directivas de las asociaciones de gobiernos autónomos descentralizados parroquiales rurales, que no tengan carácter nacional, corresponde al Ministerio Coordinador de la Política, de conformidad con los artículos 3 y 25 del Reglamento para la Aprobación de Estatutos, Reformas y Codificaciones, Liquidación y Disolución, y Registro de Socios y Directivas, de las Organizaciones Previstas en el Código Civil y en las leyes especiales, y los numerales 10 y 11 del literal c) del numeral 2.1.2 del artículo 9 del Estatuto por Procesos del Ministerio de Coordinación de la Política, que confieren a dicha Secretaría de Estado atribución para realizar el registro de las directivas de juntas parroquiales y para aprobar consorcios, asociaciones, mancomunidades y organizaciones de GADs, por lo que idéntico criterio es aplicable para la aprobación de asociaciones de GADs provinciales o municipales, que no tengan carácter nacional.

Con respecto a su segunda consulta se concluye que, de conformidad con el artículo 22 de los Estatutos del Consejo Nacional de Gobiernos Parroquiales del Ecuador (CONAGOPARE), corresponde inscribir en el Registro del CONAGOPARE, el estatuto de una Asociación Provincial de Gobiernos Autónomos Descentralizados Parroquiales Rurales, una vez que el Estatuto de dicha Asociación Provincial, haya sido aprobado por el Ministerio Coordinador de la Política.

En armonía con lo analizado al atender sus dos consultas anteriores, con relación a la tercera se concluye que, el Consejo Nacional de Gobiernos Parroquiales Rurales del Ecuador no tiene competencia para otorgar personería jurídica, reformar estatutos e inscribir directivas de las Asociaciones Provinciales de GADs parroquiales rurales, que no tengan carácter nacional, pues dichas atribuciones corresponden al Ministerio de Coordinación de la Política, de conformidad con los artículos 3 y 25 del Reglamento para la Aprobación de Estatutos, Reformas y Codificaciones, Liquidación y Disolución, y Registro de Socios y Directivas, de

las Organizaciones Previstas en el Código Civil y en las leyes especiales, y los numerales 10 y 11 del literal c) del numeral 2.1.2 del artículo 9 del Estatuto por Procesos de esa Secretaría de Estado.

OF. PGE. N°: 08053, de 29-05-2012

CONSERVATORIOS DE MÚSICA: COMPETENCIA DE CONTROL DEL SENESCYT

ENTIDAD CONSULTANTE: SECRETARIA NACIONAL DE EDUCACIÓN SUPERIOR, CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN, SENESCYT

CONSULTAS:

1. “¿La SENESCYT es competente exclusivamente para asumir la rectoría de los conservatorios, excluyendo la formación a nivel inicial y media de artes y música?”.
2. “De determinarse competente a la SENESCYT para ejercer la rectoría de las instituciones de educación que imparten los niveles de formación inicial y medio en artes y música, se debe aclarar cómo en el marco de las funciones de esta Secretaría se financiaría y regularía dicha formación”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 14, 226, 344, 351, 352 y 354.
Ley Orgánica de Educación Superior Arts. 14 lits. a) y b), 82, 182, 183 lit. b) y 188.
Ley Orgánica de Educación Intercultural Arts. 1, 2, 21, 22, 40, 42, 43, 44 lit. b) y 82.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. En el informe jurídico que se ha acompañado a la consulta, contenido en memorando No. SENESCYT-CGAJ-2012-0019-MI de 11 de enero de 2012, la Coordinadora General de Asesoría Jurídica de la SENASCYT cita entre otras normas, los artículos 352 de la Constitución de la República, 14 y 118 de la Ley Orgánica de Educación Superior (LOES), que incluyen a los Conservatorios Superiores de Música y Artes entre las instituciones que integran el sistema de educación superior.

El citado informe invoca además la letra b) del artículo 44 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural (LOEI), que define al bachillerato artístico y el artículo 82 de la misma Ley que prevé que el título de bachiller es requisito para el ingreso a las instituciones del sistema de educación superior.

Sobre dicha base manifiesta que: “El Ministerio de Educación antes de la expedición de la LOES y la LOEI estructuró la formación académica en música y arte, la misma que se sigue aplicando en la actualidad”.

El informe jurídico detalla que la educación musical se encuentra estructurada de la siguiente forma:

CICLO INICIAL

ORGANISMO RECTOR	AÑOS DE ESTUDIO	EDAD ENTRADA Y SALIDA DEL ESTUDIANTE	TÍTULO QUE OBTIENE	OBSERVACIONES
Ministerio de Educación	3 años	7 a 10 años		3 años de educación inicial

CICLO MEDIO

Ministerio de Educación	3 años	10 a 13 años	Bachiller Técnico	Título de educación media/ 3 años de educación media
-------------------------	--------	--------------	-------------------	--

CICLO SUPERIOR

Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación	3 años	13 años	Tecnológico Superior	Antes de la publicación de la LOES, el 12 de octubre de 2010 se graduaban de tecnólogos a los 16 años/ luego de la publicación de la LOES, el 12 de octubre de 2010, no podrá ingresar al nivel superior tecnológico, por no tener el título de bachiller general, según requerimiento del artículo 82 de la LOES.
---	--------	---------	----------------------	--

Añade el informe jurídico de la SENESCYT que: “El 90% de los estudiantes de música y arte, se encuentran cursando sus estudios en los niveles: inicial y medio, y tan solo el diez por ciento en el nivel superior, es decir la mayor población de estudiantes son niños y adolescentes que obviamente no han obtenido su título de Bachiller”.

Agrega que: “las partidas del personal docente que imparte los conocimientos de música y arte, pertenecen al Ministerio de Educación, sin embargo los docentes que laboran en el nivel superior tan solo representan el 5% del total de docentes, las cargas horarias para el nivel superior serían fácilmente cubiertas con el 5% de los docentes, ya que el número de alumnos que estudian en ese nivel es mínimo tal como se menciona en el párrafo anterior.”

Sobre dicha base, la Coordinadora General de Asesoría Jurídica de la entidad consultante concluye que: “...pertenecen al sistema de educación superior, los conservatorios superiores, por lo tanto se colige que la competencia del manejo de la instrucción en música y arte de los niveles inicial y medio por su naturaleza le corresponde al Ministerio de Educación, y el nivel superior (tecnológico) cursado en conservatorios tal como lo establece la Constitución de la República del Ecuador y la Ley Orgánica de Educación Superior pertenecen exclusivamente a la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación SENESCYT”.

Por su parte, el informe del Coordinador General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Educación, contenido en el memorando No. MINEDUC-CGAJ-2012-00209-MEM de 24 de febrero de 2012, remitido a pedido nuestro, cita entre otras disposiciones, los artículos 344 y 352 de la Constitución de la República, referidos el primero al sistema nacional de educación y el segundo al sistema de educación superior; así como los artículos 14, 82 y 118 de la Ley Orgánica de Educación Superior; y, los artículos 1, 2, 21 y 22 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural.

Argumenta que: “la Autoridad Educativa Nacional, es la rectora de la educación en los niveles de formación inicial básica y bachillerato en artes y música, y forman parte del Sistema Nacional de Educación”.

Agrega que, en los niveles de formación inicial, básica y bachillerato en artes y música, “los niños, niñas y adolescentes que se encuentran matriculados y asistiendo a las instituciones de educación en artes y música, de acuerdo a sus edades, van desarrollando destrezas, aptitudes, capacidades cognoscitivas, afectivas, psicomotrices, en definitiva, preparándose para de así determinarlo en un

momento de sus vidas, optar por profesionalizarse en las artes o música en el nivel superior”.

Concluye el Coordinador General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Educación manifestando que comparte la opinión de la Coordinadora General de Asesoría Jurídica de la SENESCYT en el sentido de que: “la competencia del manejo de la instrucción en música y arte de los niveles inicial y medio por su naturaleza le corresponde al Ministerio de Educación, y el nivel superior (tecnológico) cursado en conservatorios tal como lo establece la Constitución de la República del Ecuador y la Ley Orgánica de Educación Superior, pertenecen exclusivamente a la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia y Tecnología e Innovación SENESCYT”.

El contenido de la consulta exige considerar como antecedente, las disposiciones de los artículos 344, 351 y 352 de la Constitución de la República, que distinguen y articulan el sistema nacional de educación y el sistema de educación superior. Dichas normas, en su orden, prescriben:

“Art. 344.- El sistema nacional de educación comprenderá las instituciones, programas, políticas, recursos y actores del proceso educativo, así como acciones en los niveles de educación inicial, básica y bachillerato, y estará articulado con el sistema de educación superior.

El Estado ejercerá la rectoría del sistema a través de la autoridad educativa nacional, que formulará la política nacional de educación; asimismo regulará y controlará las actividades relacionadas con la educación, así como el funcionamiento de las entidades del sistema”.

“Art. 351.- El sistema de educación superior estará articulado al sistema nacional de educación y al Plan Nacional de Desarrollo; la ley establecerá los mecanismos de coordinación del sistema de educación superior con la Función Ejecutiva. Este sistema se regirá por los principios de autonomía responsable, cogobierno, igualdad de oportunidades, calidad, pertinencia, integralidad, autodeterminación para la producción del pensamiento y conocimiento, en el marco del diálogo de saberes, pensamiento universal y producción científica tecnológica global.”

“Art. 352.- El sistema de educación superior estará integrado por universidades y escuelas politécnicas; institutos superiores técnicos, tecnológicos y pedagógicos; y conservatorios de música y artes, debidamente acreditados y evaluados.

Estas instituciones, sean públicas o particulares, no tendrán fines de lucro”.

De las normas citadas se desprende que, la Constitución de la República establece en materia de educación, dos sistemas relacionados en forma coordinada, el primero denominado “sistema nacional de educación” que se integra por las instituciones de educación inicial, básica y bachillerato; y, el segundo constituido por las universidades, escuelas politécnicas e institutos superiores técnicos, tecnológicos y pedagógicos y entre ellos los conservatorios superiores de música y artes, denominado “sistema de educación superior”.

El sistema nacional de educación se rige por la Ley Orgánica de Educación Intercultural; y, el sistema de educación superior por la Ley Orgánica de Educación Superior.

Según la letra ff) del artículo 2 y el artículo 21 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, la actividad educativa que regula ese cuerpo normativo es aquella que se desarrolla desde el nivel de educación inicial hasta el nivel de bachillerato o su equivalente.

El artículo 21 de la citada Ley Orgánica dispone que: “Corresponde a la Función Ejecutiva la calidad de Autoridad Educativa Nacional. La ejercerá el Ministro o Ministra del ramo”; y, el artículo 39 *ibídem* dispone que la educación escolarizada tiene tres niveles: inicial, básico y bachillerato.

El nivel de educación inicial, según el artículo 40 de la citada Ley Orgánica de Educación Intercultural, corresponde a los niños y niñas desde los tres años hasta los cinco años de edad. La educación general básica según el artículo 42 de la misma Ley, desarrolla las capacidades, habilidades, destrezas y competencias de los niños desde los cinco años de edad en adelante; y, está compuesto por diez años de atención obligatoria. El bachillerato, según el artículo 43 *ibídem*, comprende tres años de educación obligatoria a continuación de la educación general básica.

El artículo 44 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural define a los bachilleratos complementarios, como “aquellos que fortalecen la formación obtenida en el bachillerato general unificado” y los clasifica en dos tipos: bachillerato técnico productivo y bachillerato artístico.

El bachillerato artístico según la letra b del artículo 44 de la citada Ley Orgánica de Educación Intercultural “Comprende la formación complementaria y especializada en artes; es escolarizada, secuenciada y progresiva, y conlleva a la obtención de un título de Bachiller en Artes en su especialidad que habilitará exclusivamente para su incorporación en la vida laboral y productiva así como

para continuar con estudios artísticos de tercer nivel. Su régimen y estructura responden a estándares y currículos definidos por la Autoridad Educativa Nacional.”

Por su parte, el artículo 14 de la Ley Orgánica de Educación Superior, establece que son instituciones del Sistema de Educación Superior: “a) Las universidades, escuelas politécnicas públicas y particulares, debidamente evaluadas y acreditadas, conforme la presente Ley; y, b) Los institutos superiores técnicos, tecnológicos, pedagógicos, de artes y los conservatorios superiores, tanto públicos como particulares, debidamente evaluados y acreditados, conforme la presente Ley”.

De conformidad con la letra a) del artículo 82 de la citada Ley Orgánica, se requiere poseer título de bachiller o su equivalente para el ingreso a las instituciones del Sistema de Educación Superior; y, en forma específica respecto al ingreso a conservatorios superiores, el inciso final del citado artículo 82 de la Ley Orgánica de Educación Superior, dispone: “Para el ingreso de las y los estudiantes a los conservatorios superiores e institutos de artes, se requiere además del título de bachiller, poseer un título de las instituciones de música o artes, que no correspondan al nivel superior. En el caso de bachilleres que no tengan título de alguna institución de música o artes, se establecerán exámenes libres de suficiencia, para el ingreso”.

El artículo 182 y la letra b) del artículo 183 de la Ley Orgánica de Educación Superior confieren a la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación (SENESCYT) el carácter de órgano rector de la política pública de educación superior; y, el segundo inciso del artículo 354 de la Constitución de la República, prevé que los institutos superiores tecnológicos, técnicos y pedagógicos, y los conservatorios, que “se crearán por resolución del organismo encargado de la planificación, regulación y coordinación del sistema, previo informe favorable de la institución de aseguramiento de la calidad del sistema y del organismo nacional de planificación.”

De las normas citadas se desprende que de conformidad con los artículos 344, 351 y 352 de la Constitución de la República, la educación se divide en dos sistemas:

- a) El sistema nacional de educación se rige por la Ley Orgánica de Educación Intercultural cuyo artículo 39 prevé que la educación escolarizada tiene tres niveles: inicial, básico y bachillerato.

La formación especializada en artes, escolarizada, secuenciada y progresiva, permite la obtención del título de Bachiller en Artes, según la letra b) del artículo

44 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural y habilita para continuar con estudios artísticos de tercer nivel.

Según el artículo 21 *ibídem*, la autoridad nacional de este sistema corresponde a la Función Ejecutiva y la ejerce el Ministro del ramo que, según la parte final de la letra b) del artículo 44 de la misma Ley, tiene competencia para regular la estructura y currículos del bachillerato en artes.

b) El sistema nacional de educación superior se rige por la Ley Orgánica de Educación Superior y según el artículo 14 de esa ley se integra por las universidades y escuelas politécnicas públicas y particulares, así como por los institutos superiores técnicos, tecnológicos, pedagógicos, de artes y los conservatorios superiores tanto públicos como particulares.

Los artículos 182 y 183 letra b) de la Ley Orgánica de Educación Superior, asignan a la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia y Tecnología e Innovación (SENESCYT), el carácter de órgano rector del sistema de educación superior.

De conformidad con la letra a) y el inciso final del artículo 82 de la citada Ley Orgánica, para el ingreso a conservatorios superiores, se requiere poseer título de bachiller o su equivalente y en forma adicional, un título de las instituciones de música o artes, que no correspondan al nivel superior. La misma norma prevé que “En el caso de bachilleres que no tengan título de alguna institución de música o artes, se establecerán exámenes libres de suficiencia, para el ingreso”.

Del análisis que precede se concluye que, los conservatorios superiores integran el sistema nacional de educación superior según el artículo 14 letra b) y el inciso final del artículo 82 de la Ley Orgánica de Educación Superior. Mientras que la formación especializada en artes, correspondiente a los niveles básico y bachillerato se rige por la Ley Orgánica de Educación Intercultural de manera que el título de bachiller en artes habilita para continuar con estudios artísticos de tercer nivel (superior), según la letra b del artículo 44 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural.

El principio de legalidad que rige en Derecho Público, está establecido en el artículo 226 de la Constitución de la República que dispone: “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”.

En atención a los términos de su consulta se concluye que en materia de educación artística, la rectoría del sistema nacional de educación superior que corresponde a la SENESCYT de conformidad con los artículos 182 y 183 letra b) de la Ley Orgánica de Educación Superior, se refiere a los conservatorios superiores que son instituciones que integran el sistema nacional de educación superior en los términos de la letra b) del artículo 44 de dicha Ley. Por tanto, la competencia de dicha Secretaría Nacional no se extiende a los establecimientos de nivel inicial y medio que imparten educación en artes, sujetos a la competencia del Ministerio de Educación como autoridad educativa nacional del sistema nacional de educación según el artículo 22 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural.

2. Al atender su primera consulta se concluyó que la SENESCYT tiene competencia para ejercer la rectoría de los conservatorios superiores que, de conformidad con la letra b) del artículo 44 de la Ley Orgánica de Educación Superior son instituciones que integran el sistema nacional de educación superior, mientras que corresponde al Ministerio de Educación, como Autoridad Nacional del sistema nacional de educación, la regulación de los conservatorios que presten formación hasta nivel de bachillerato en artes, según el artículo 22 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural.

En consecuencia, no es necesario pronunciarme sobre su segunda consulta.

OF. PGE. N°: 07143, de 26-03-2012

**CONTRATO COMPLEMENTARIO:
PLAZO PARA EJECUCIÓN DE RUBROS NUEVOS**

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN SALINAS

CONSULTA:

Relacionada con la aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para la ejecución de obras adicionales necesarias en el contrato para la construcción del Puerto Pesquero Artesanal de Anconcito.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Arts. 85, 86, 87 y 89; y, 132 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 6120 de 26 de enero de 2012, esta Entidad solicitó a usted reorientar los términos de la consulta respecto a la inteligencia o aplicación de una norma jurídica; remitir el criterio jurídico del Procurador Síndico de esa Municipalidad sobre el tema materia de consulta, así como copias certificadas de los documentos relacionados con ella, e informar si se han suscrito contratos complementarios o autorizado órdenes de trabajo respecto a la obra Puerto Pesquero Artesanal Anconcito.

Este Organismo insistió en los requerimientos a los que se refiere el párrafo anterior, mediante oficio No. 6768 de 5 de marzo de 2012, habiéndose recibido la respuesta contenida en oficio No. GADMS/A-VPBM-0579 de 27 de marzo de 2012.

Como anexo a su oficio GADMS/VPBN-0046-2012 de 13 de enero de 2012, consta la comunicación No. GMS/VA-DCS-75-11 de 8 de diciembre de 2011, que contiene el pedido de consulta formulado a la Procuraduría General del Estado por el Vicealcalde de la Municipalidad de Salinas, cuya atención se solicita.

En dicho oficio, el Vicealcalde se refiere al contrato para la construcción de la obra Puerto Pesquero Artesanal Anconcito – Primera Etapa y argumenta que los contratos complementarios están reglados por los artículos 85, 86 y 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, pero que “los cambios pequeños producto del incremento de cantidades o creación de rubros nuevos, están liberados de la obligación de manejarse con un contrato complementario, permitiendo hasta un 25% del valor actualizado o reajustado del contrato principal, de incremento en cantidades de obra y hasta un 10% de tal valor, en rubros nuevos, sin contrato complementario. Todo lo que exceda tales parámetros deberá manejarse mediante contratos complementarios”.

Agrega el Vicealcalde de que: “durante el proceso de ejecución de obra, inicialmente se pueden disponer órdenes de trabajo para ejecutar rubros nuevos hasta un 10% del valor actualizado del contrato principal; posteriormente, de ser necesaria la ejecución de nuevos rubros, necesariamente se deberán suscribir Contratos Complementarios, tantos cuantos fueren necesarios, la suma de cuyos valores no podrá exceder el 35% del valor actualizado del contrato principal, a la fecha en que se resuelva realizar tales contratos complementarios.”; y, que: “El límite de

las cantidades adicionales de obra que puede ejecutarse mediante un Acta, sin necesidad de Contrato Complementario, es de hasta 25% del valor actualizado del contrato principal.”

Añade que: “...En consecuencia, si al porcentaje de las obras que pueden manejarse sin contrato complementario (hasta 35%), le sumamos el porcentaje que puede manejarse mediante contrato complementario (35%), tenemos que en un contrato de ejecución de obra, se pueden ejecutar obras adicionales, ya sea cantidades adicionales y/o rubros nuevos por hasta 70% del valor actualizado del contrato principal.”

Sobre dicha base solicita “...el criterio que la Procuraduría General del Estado tiene sobre este tema, con la finalidad de poder solucionar la construcción de obras adicionales que se han presentado en la ejecución del contrato de la referencia”.

El criterio del Vicealcalde se sustenta en el expuesto por el Administrador del contrato, contenido en oficio No. 030-AC-2011 de 27 de septiembre de 2011 que refiere idénticos argumentos.

Entre los documentos que se han remitido a pedido nuestro, consta copia certificada del oficio No. FPPA-086-2011 de 30 de agosto de 2011, dirigido por el Fiscalizador al Administrador del Contrato de Fiscalización en el que, con respecto a la obra del puerto pesquero que se ejecuta por contrato con el Ing. Carlos Morocho D, manifiesta que se requiere elevar una consulta a la Contraloría General del Estado “en el sentido de que se aclare hasta cuanto es el porcentaje total que se podrá utilizar en la ejecución de la obra, concretamente, si es de 35% o 70% considerando los contratos complementarios, obras adicionales y rubros nuevos.”

En el mismo oficio el Fiscalizador agrega que: “Según las evaluaciones realizadas al proyecto con el 35% no quedaría funcional y se deberá, si es del caso, ir preparando una nueva licitación...”

Por su parte, el informe del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, contenido en oficio No. GADMS-ASJU-0035-2012 de 13 de enero de 2012, cuya copia certificada se ha remitido a pedido nuestro, refiere como antecedente que, el 15 de marzo de 2010 la Municipalidad de Salinas suscribió con el ingeniero Carlos Morocho Duque, el contrato para la construcción de la obra “Puerto Pesquero Artesanal de Anconcito Primera Etapa”, financiado con un préstamo del BID; y, que el 18 de marzo del 2010 la Municipalidad suscribió el contrato de

fiscalización de la obra Puerto Pesquero Artesanal de Anconcito, con el ingeniero Hernán Uscocovich.

El informe del Procurador Síndico de la Municipalidad de Salinas, cita los artículos 85, 86 y 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que regulan las obras complementarias, la creación de rubros nuevos y establecen normas comunes a los contratos complementarios, y sobre su base concluye que: “Las disposiciones legales de los capítulos VII y VII (sic) de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y, las reglamentarias que constan en los Capítulos VII y VII del Título III, no admite interpretación o consulta alguna por su claridad, ya que establece que en los eventos de “Reajustes de Precios”, “Rubros Nuevos” y “Obras Complementarias”, pueden realizarse mediante: órdenes de trabajo (10%), actas (25%) o contrato complementario (35%), sin que en ningún caso se exceda del 35%. El considerar independientemente con sus respectivos porcentajes tales rubros hasta completar como máximo el 70%, no es procedente y se estaría violando la Ley. Tal 70% que se establece en la Ley, comprende únicamente a los contratos de Consultoría más no los de obra, objeto de la consulta.”

Entre los documentos cuya copia certificada se ha remitido en atención a nuestros requerimientos, consta el oficio No. 020-AC-2012 de 19 de marzo de 2012, por el que el Administrador del Contrato se dirige al Procurador Síndico Municipal y le informa que “hasta la presente fecha no se han realizado contratos complementarios con respecto a la obra, lo que se ha realizado son cantidades adicionales que están justificados mediante actas tal como lo indica el Art. 88 de LOSNCP y se ha ejecutado una orden de trabajo para rubros nuevos y justificado tal como lo indica el Art. 89 de LOSNCP”.

La materia sobre la que trata la consulta está regulada por el capítulo VIII del Título IV de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cuyo artículo 85, dispone:

“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.”

En concordancia, el artículo 86 de la misma Ley, establece como causa que justifica la celebración de contratos complementarios, la creación de rubros nuevos, en los siguientes términos:

“Art. 86.- Creación de Rubros Nuevos.- Si para la adecuada ejecución de una obra o prestación de un servicio, por motivos técnicos, fuere necesaria la creación de nuevos rubros, podrá celebrarse contratos complementarios dentro de los porcentajes previstos en el artículo siguiente...”

De las normas hasta aquí citadas se desprende que las causas por las que se pueden celebrar contratos complementarios, son las establecidas en los artículos 85 y 86 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, esto es cuando fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado, por causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas durante su ejecución; o, para la creación de rubros nuevos, también motivada en causas técnicas.

En cuanto se refiere a la cuantía de los contratos complementarios, el artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone:

“Art. 87.- Normas Comunes a los Contratos Complementarios.- La suma total de las cuantías de los contratos complementarios referidos en los artículos 85 y 86, excepto en los contratos de consultoría y del sector hidrocarburífero, no podrá exceder del treinta y cinco (35%) por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal a la fecha en que la Entidad Contratante resuelva la realización del contrato complementario. Esta actualización se hará aplicando la fórmula de reajuste de precios que consten en los respectivos contratos principales. El valor de los contratos complementarios de consultoría no podrá exceder del setenta (70%) por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal...”.

Idéntica disposición consta en el inciso segundo del artículo 132 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Del tenor literal de los artículos 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 132 de su Reglamento, se desprende que la cuantía de los contratos complementarios, no puede exceder del treinta y cinco por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal; y que dicha disposición, constituye una “norma común”, aplicable por tanto a todos los casos regulados por el Capítulo VIII del Título IV de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Por su parte, el artículo 88 de la misma Ley, ubicado también en el Capítulo VIII, prescribe:

“Art. 88.- Diferencia en Cantidades de Obra.- Si al ejecutarse la obra de acuerdo con los planos y especificaciones del contrato se establecieren diferencias entre las cantidades reales y las que constan en el cuadro de cantidades estimadas en el contrato, la entidad podrá ordenar y pagar directamente sin necesidad de contrato complementario, hasta el veinticinco (25%) por ciento del valor reajustado del contrato, siempre que no se modifique el objeto contractual. A este efecto, bastará dejar constancia del cambio en un documento suscrito por las partes. Si se sobrepasa el mencionado porcentaje será necesario tramitar un contrato complementario.”

El artículo citado prevé el caso en el que durante la ejecución de la obra, sin que exista modificación del contrato, las cantidades reales de obra fueren superiores a las que fueron estimadas en él, evento en el que si la cuantía de dicha diferencia es de hasta el 25% del valor reajustado del contrato, procede su pago sin que sea necesario suscribir un contrato complementario.

Finalmente, el artículo 89 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone:

“Art. 89.- Ordenes de Trabajo.- La Entidad Contratante podrá disponer, durante la ejecución de la obra, hasta del diez (10%) por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal, para la realización de rubros nuevos, mediante órdenes de trabajo y empleando la modalidad de costo más porcentaje. En todo caso, los recursos deberán estar presupuestados de conformidad con la presente Ley....”.

Del artículo transcrito se desprende que para la realización de rubros nuevos, esto es ítems no previstos en el contrato suscrito entre las partes, la entidad contratante podrá disponer su ejecución por un valor de hasta el 10% del valor actualizado o reajustado del contrato, mediante órdenes de trabajo.

Sobre la base de las normas citadas, en pronunciamiento contenido en oficio No. 17705 de 30 de noviembre del 2010, concluí que: “los artículos 88 y 89 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, regulan los casos de ejecución de diferencias de cantidades de obra, de acuerdo con lo previsto en el contrato hasta por un 25% del valor reajustado del contrato, así como la ejecución de rubros nuevos mediante órdenes de trabajo, hasta por un diez por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato. En esos dos casos no se requiere

de la suscripción de contratos complementarios; sin embargo, si las diferencias de cantidades de obra o los rubros nuevos, exceden la cuantía determinada en esas normas, entran a otro nivel en el que esta ley exige la celebración de un contrato complementario, y en tales circunstancias se aplica el límite establecido en el artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que determina que la cuantía de los contratos complementarios no podrá exceder del treinta y cinco por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal.”

En el mismo pronunciamiento agregué que: “En consecuencia, de conformidad con la disposición expresa del artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que contiene normas comunes aplicables a los casos regulados por el Capítulo VIII de su Título IV, entre los que están tanto aquellos eventos en los que procede celebrar contratos complementarios (artículos 85 y 86 de la ley); como los casos en los que no es necesaria la suscripción de un contrato complementario (artículos 88 y 89 de la Ley), la cuantía total por todos estos conceptos no se puede acumular.”

Idéntico criterio al expuesto en los dos párrafos precedentes consta en pronunciamiento contenido en oficio No. 16244 e 31 de agosto de 2010.

De la copia certificada del contrato para la construcción del Puerto Pesquero Artesanal Anconcito – Primera Etapa, remitida a pedido nuestro, consta que dicho contrato fue celebrado entre la Municipalidad del Cantón Salinas representada por su Vicealcalde como delegado del Alcalde y el ingeniero Carlos Morocho Duque; el instrumento fue suscrito el 15 de marzo de 2010 y protocolizado el mismo día ante el Notario Público del Cantón Santa Elena.

El objeto del contrato, según su cláusula cuarta fue “la Construcción del PUERTO PESQUERO ARTESANAL ANCONCITO PRIMERA ETAPA”. De conformidad con la cláusula sexta, el precio del contrato fue de USD 4’960.933,65. La cláusula sexta contiene la tabla de cantidades y precios de los rubros contratados; y, la cláusula novena prevé el reajuste de precios.

El plazo para la ejecución de las obras objeto del contrato, según su cláusula décima primera, fue estipulado en 480 días calendario, contados a partir de la fecha de notificación de que el anticipo ha sido acreditado en la cuenta bancaria del contratista.

La cláusula décimo tercera del contrato al que se refiere la consulta prevé la suscripción de contratos complementarios y se remite al efecto al Capítulo VIII del

título IV de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Los subnumerales 13.2, 13.3 y 13.4 de dicha cláusula, se remiten en su orden a los artículos 85, 86 y 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para efectos de la suscripción de contratos complementarios, creación de rubros nuevos; y, normas comunes a los contratos complementarios. En forma adicional, el subnumeral 13.4 estipula que: “La suma total de las cuantías de los contratos complementarios referidos en las subcláusulas 13.2 y 13.3 anteriores no podrá exceder del treinta y cinco (35%) por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal a la fecha en que la Entidad Contratante resuelva la realización del contrato complementario.”

Conforme se desprende del subnumeral 13.4 de la Cláusula Décimo Tercera del contrato al que se refiere la consulta, la suma total proveniente de contratos complementarios y creación de rubros nuevos, no podrá exceder del 35% del valor actualizado o reajustado del contrato principal, lo que guarda conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que antes se analizó.

Con respecto al contrato de construcción del Puerto Pesquero Artesanal de Anconcito, al que se refiere la consulta, adjunto al oficio No. GADMS/A-VPBM-0579 de 27 de marzo de 2012, se ha remitido copia de los siguientes documentos:

Aprobación de Orden de Trabajo No. 1, de USD 107.798,82, solicitada por Fiscalización mediante oficio No. FPPA-104-2012 de 10 de enero de 2012, consta que “El monto de esta orden de trabajo corresponde al 2,17% del monto del contrato”.

Actas de Cantidades Adicionales Nos. 1, 2 y 3 de 6 de agosto de 2010, 24 de marzo de 2011 y 25 de agosto de 2011, respectivamente, por un total de 12,28% del monto del contrato.

Del análisis que precede se concluye que, si la Municipalidad de Salinas ya ha autorizado la ejecución de rubros nuevos por un valor equivalente al 12,28% del contrato inicial; y, por órdenes de trabajo, por un valor equivalente al 2,17% del contrato inicial, para terminar la obra de construcción del Puerto Pesquero Artesanal de Anconcito objeto del contrato materia de consulta, la suscripción de un contrato complementario, se deberá limitar a un monto que sumado a los valores que por órdenes de trabajo y nuevos rubros, no exceda del 35% del valor actualizado o reajustado del contrato principal, conforme lo dispone el artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En consecuencia, si la Municipalidad consultante, requiere la ejecución de nuevos rubros que excedan dicho límite del 35%, ello deberá ser objeto de un procedimiento precontractual y un contrato independiente.

OF. PGE. N°: 07730, de 10-05-2012

CONTRATOS COMPLEMENTARIOS DE CONSULTORÍA: IMPROCEDENCIA DE SUSCRIPCIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN DE OTAVALO

CONSULTA:

“¿En el contrato de Consultoría para la Fiscalización de la Construcción de Proyecto de Recuperación del Lago San Pablo a través del Alcantarillado Sanitario y Tratamiento de Aguas Residuales de las poblaciones aledañas, para justificar el pago del plazo adicional de prestación de servicios de consultoría, causados por la prórroga del plazo de la construcción es procedente realizar un contrato complementario solo hasta el 70% del valor actualizado o reajustado del contrato principal que establece la ley?, ó realizar una ampliación, como lo señala la cláusula Décimo Sexta del Contrato y cancelar el costo que demanden estos servicios, tomando en cuenta que no ha existido ampliación, modificación o complementación del objeto del contrato de Consultoría que sigue siendo: Consultoría para la Fiscalización de la construcción del proyecto de Recuperación del lago San pablo, a través del Alcantarillado Sanitario, aún que este exceda del 70% establecido para los contratos complementarios?”

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Arts. 6 num. 8, 85, 86, 87, 144 y 145.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Art. 251.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Art. 178.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 05417 de 13 de diciembre de 2011, este Organismo solicitó a usted la remisión del informe del Procurador Síndico de esa Municipalidad, así como copias certificadas de la documentación relacionada con las consultas;

y, con oficio No. 05622 de 27 de diciembre de 2011, esta Entidad insistió en el requerimiento de documentación, que ha sido atendido con oficio No. 02-2011 AGMO de 3 de enero de 2012, recibido el día 5 de enero del presente año.

En el oficio inicial de consulta se expone que el 25 de marzo de 2009, la Municipalidad de Otavalo suscribió con la Empresa COANDES, el Contrato de Construcción del Proyecto de Recuperación del Lago San Pablo a través del Alcantarillado Sanitario y Tratamiento de Aguas Residuales de las poblaciones aledañas, por el plazo de 365 días; y que, en el referido contrato de obra se han otorgado siete prórrogas de plazo, por lo que “el total de días de prórroga del plazo justificado de este contrato sería de 488 días”.

Respecto al Contrato de Consultoría que motiva la consulta, cuyo objeto es la Fiscalización de la Construcción del Proyecto de Recuperación del Lago San Pablo a través del Alcantarillado Sanitario y Tratamiento de Aguas Residuales de las poblaciones aledañas, manifiesta que fue suscrito por esa Municipalidad con el ingeniero Efrén Galárraga, el 16 de abril de 2009, ante el Notario Segundo del Cantón Otavalo, por el plazo de 18 meses y el monto de USD 252.998,92.

La consulta expone que las prórrogas de plazo otorgadas en el contrato de obra influyeron directamente en los trabajos de fiscalización objeto del Contrato de Consultoría, por lo que el administrador del contrato solicitó la ampliación del plazo conforme a la Cláusula Décimo Sexta del Contrato de Consultoría; y, en el acápite 5 añade que: “Mediante Acta de Negociación tiempo adicional y costos de los servicios de consultoría, suscrita el 5 de julio de 2010 se negocia en un valor de 109.544,21 USD”. En el acápite 10 del oficio de consulta, se agrega que el administrador del contrato “solicita la segunda ampliación por un valor de 158.423,83 USD, justificando razones técnicas y sociales”.

En el acápite 12 del oficio de consulta, se menciona que: “Mediante oficio No. 2011-0161-DFIN de fecha 16 de agosto del 2011, la Econ. Mayra Andrade, Directora Financiera manifiesta que con la segunda ampliación solicitada por 158.423,83 USD, el monto total del contrato de fiscalización ascendería a un valor final de 520.966,96 USD es decir el 105,92% del contrato inicial, en tal virtud este valor excede el porcentaje establecido en el artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en un 35,92%”.

El informe de la Procuradora Síndica de la Municipalidad consultante, contenido en oficio No. 182-2011 AGMO de 30 de diciembre de 2011, remitido a pedido nuestro, cita las Cláusulas Décimo Tercera y Décimo Sexta del Contrato de

Consultoría, que contienen las estipulaciones relacionadas con las causas que motivan la celebración de contratos complementarios y ampliación de plazo.

Sobre dicha base concluye que: "...como consecuencia de las siete prórrogas del plazo concedido al contratista COANDES debe procederse a realizar la ampliación del plazo del contrato debiendo cancelar por los servicios de consultoría aunque este valor sobrepase el 70% del valor del contrato establecido según el Art. 86 (sic) de la LOSNCP para contratos complementarios".

Entre la documentación que ha sido remitida a pedido de este Organismo, constan copias certificadas, de los siguientes documentos:

1. Del Contrato para la Construcción del Proyecto de Recuperación del Lago San Pablo, celebrado por el Gobierno Municipal del Cantón Otavalo con la Constructora de los Andes (COANDES), el 25 de marzo de 2009.

El objeto del Contrato, según su Cláusula Quinta es la Recuperación del Lago San Pablo a través del Alcantarillado Sanitario y Tratamiento de Aguas Servidas de las Poblaciones Aledañas; el precio del contrato, según su Cláusula Sexta, fue estipulado en USA 4'587.988,65; y, el plazo total para la ejecución de los trabajos, según la Cláusula Novena fue estipulado en 365 días contados a partir de la transferencia del anticipo a la cuenta del contratista.

2. Las prórrogas de plazo del contrato de obra han sido autorizadas por el Alcalde, según consta en los siguientes oficios dirigidos por el administrador del contrato a la contratista:

- Oficio No. 053-ADMFSP-2009 de 1 de diciembre de 2009, prórroga de 30 días.
- Oficio No. 05-ADMFSP-2010 de 20 de enero de 2010, prórroga de 58 días.
- Oficio No. 30-ADMFSP-2010 de 14 de marzo de 2010, prórroga de 94 días.
- Oficio No. 40-ADMFSP-2010 de 5 de julio de 2010, prórroga de 45 días en el plazo; y, oficio No. 54-ADMFSP-2010 de 24 de julio de 2010, prórroga de 32 días. Total 77 días de prórroga.
- Oficio No. 06-ADMFSP-2010 de 20 de diciembre de 2010, prórroga de 58 días.
- Oficio No. 002-ADMFSP-2011 de 4 de enero de 2011, prórroga de 75 días.
- Oficio No. 015-ADMFSP-2011 de 30 de marzo de 2011, prórroga de 56 días.
- Oficio No. 023-ADMFSP-2011 de 1 de julio de 2011, prórroga de 98 días.

3. Contrato de Consultoría, sobre el que trata la consulta, suscrito el 16 de abril de 2009, entre el Gobierno Municipal de Otavalo y el Ing. Efrén Patricio Galárraga Soto, cuyo objeto según la Cláusula Cuarta es la Fiscalización de la construcción del proyecto “Recuperación del Lago San Pablo a través del Alcantarillado Sanitario y tratamiento de Aguas Servidas de las Poblaciones Aledañas”.

El valor del contrato según la Cláusula Quinta, fue estipulado el USA 252.998,92. Las demás cláusulas de este contrato, relacionadas con el tema materia de consulta serán analizadas más adelante.

4. Acta de Negociación de Tiempo Adicional y Costos de los Servicios de Consultoría, suscrita el 5 de julio de 2010 entre el Consultor y la Municipalidad.

En el acápite I Antecedentes de la referida Acta, menciona que la Comisión Técnica responsable fue integrada por un Delegado del Alcalde, el Director de Agua Potable y Alcantarillado y la Asesora Jurídica. Según consta en dicha Acta, se “realiza la negociación del tiempo adicional de trabajo de la Fiscalización”, en base a la propuesta del Consultor, pagándose como comprobables los siguientes rubros: viajes y viáticos; y, garantías.

5. Oficio No. 030-ADMFSP-2011 de 18 de agosto de 2011, dirigido al Alcalde de Otavalo por el Administrador del Contrato, en el que sobre el pedido de una segunda ampliación del plazo del contrato de Fiscalización manifiesta: “La ampliación del plazo de la consultoría, es consecuencia de las prórrogas de plazo concedidas, por causas debidamente justificadas, al contratista de la construcción del proyecto: COANDES, Cía. Ltda”.

En el mismo oficio agrega: “No se ha modificado el alcance y contenido de los servicios de consultoría, definidos en los pliegos, así como los términos de referencia constantes como Anexo 1 y en los demás anexos y condiciones contractuales, para que se deba aplicar la cláusula DÉCIMA TERCERA del contrato, referente a la suscripción de un contrato complementario...”.

6. Oficio No. 129-11-ASJU de 12 de septiembre de 2011, dirigido por la Procuradora Síndica al Alcalde de Otavalo, en el que con relación al Contrato de Consultoría, en el acápite 4 expone sobre la primera renegociación que: “Mediante Acta de Negociación de tiempo adicional y costos de los servicios de consultoría, suscrita el 8 de abril del 2009 se negocia en un valor de 109.544,21 USD”.

En el acápite 9 del mismo oficio señalado en el párrafo que precede, se manifiesta que: “mediante oficio No. 25-ADMFSP-2011, el Ing. Jorge Sánchez Administra-

dor del Contrato, solicita la segunda ampliación por un valor de 158.423,83 USD...”.

7. Oficio No. 2011-0209-DFIN de 8 de noviembre de 2011, dirigido al Alcalde de Otavalo por la Directora Financiera, con relación a la renegociación del Contrato de Consultoría, manifiesta en el acápite 2 que: “Debe definirse la pertinencia legal de suscribir un contrato complementario, cuando los trabajos de fiscalización ya han sido autorizados por el Administrador del Contrato y ejecutados por el contratista; siendo este procedimiento inadecuado y contradictorio con las normas legales que cito a continuación...”

En el oficio de la referencia, la Directora Financiera de la Municipalidad de Otavalo cita los artículos 251 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) y 178 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que establecen que para contraer compromisos se requiere contar en forma previa con la respectiva certificación presupuestaria.

Sobre dicha base normativa, concluye la Directora Financiera que ha existido “inobservancia de los procedimientos administrativos para el comprometimiento de recursos y pagos”; y, añade que: “En lo que se refiere al pago al Ing. Efrén Galárraga Soto, Procuraduría Síndica deberá ser quien en términos legales, defina el procedimiento a aplicarse y documentos justificativos de los valores que legalmente deban reconocerse al contratista, considerando que los trabajos de fiscalización fueron prestados...”.

Según se desprende de los oficios Nos. 004-ADMFSP-2010 de 15 de enero de 2010 y 039-ADMFSP-2010 de 29 de junio de 2010, que cito a manera de ejemplo, dirigidos al Alcalde por el Administrador del Contrato de Obra, las prórrogas del plazo del Contrato de Obra, fueron autorizadas en virtud de suspensiones en los trabajos y rediseños de obras, según la letra d) de la Cláusula Décima del Contrato de Obra.

Por su parte, el Contrato de Consultoría sobre el que trata su consulta, suscrito el 16 de abril de 2009, entre el Gobierno Municipal de Otavalo y el Ing. Efrén Patricio Galárraga Soto, tuvo por objeto según la Cláusula Cuarta, la prestación de “todos los servicios de consultoría requeridos para la Fiscalización de la construcción del proyecto “Recuperación del lago San Pablo a través del Alcantarillado Sanitario y tratamiento de Aguas Servidas de las Poblaciones Aledañas”.

Según la Cláusula Quinta, el valor del contrato fue estipulado en USA 252.998,92, previéndose el pago del 40% del valor del contrato en calidad de anticipo. La

citada Cláusula prevé que: “El saldo correspondiente al 60% del valor total estimado del presente contrato, se cancelará en planillas mensuales proporcionales en alcúotas iguales, en el plazo establecido para la ejecución de la obra”.

Nótese que la Cláusula citada, no detalla honorarios en función del personal que labore en la fiscalización, sino cuotas mensuales de igual valor.

La Cláusula Sexta regla el reajuste de precios y se remite al efecto a los artículos 144 y 145 del Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. La Cláusula Séptima que estipula el plazo del contrato, tiene el siguiente tenor:

“7.1. EL CONSULTOR deberá entregar la totalidad del trabajo materia del presente contrato de servicios de consultoría a través de un Informe Final, en el plazo de 548 días (18 meses), contados a partir de la fecha de suscripción del contrato. 12 meses para la fiscalización de las obras y 6 meses para la fiscalización de operación de las plantas de tratamiento”.

La Cláusula Octava prevé la prórroga del plazo del contrato de consultoría, en los siguientes términos:

“OCTAVA.- PRÓRROGA DE PLAZO: EL GOBIERNO MUNICIPAL DE OTAVALO podrá extender el plazo de vigencia del presente contrato solo en los casos que se indican a continuación... 8.3. Cuando se suspendan los trabajos o se cambien las actividades previstas en el cronograma por orden GOBIERNO MUNICIPAL DE OTAVALO y que no se deban a causas imputables AL CONSULTOR”.

La Cláusula Décimo Tercera del Contrato de Consultoría, bajo el título “Contratos Complementarios”, estipula que:

“Si durante la ejecución de los SERVICIOS DE CONSULTORÍA, objeto del presente Contrato, EL CONSULTOR o el GOBIERNO MUNICIPAL DE OTAVALO encontraren situaciones en las que sea necesario ampliar, modificar o complementar el alcance del presente contrato, el GOBIERNO MUNICIPAL DE OTAVALO decidirá y convendrá con EL CONSULTOR la suscripción de un contrato complementario, sujetándose a lo establecido en el Artículo 87 de la LOSNCP”.

La ampliación de plazo del Contrato de Consultoría, está prevista en el numeral 16.4 de la Cláusula Décimo Sexta, en los siguientes términos:

“De existir incrementos de plazo en el proceso de ejecución de las obras debidamente aprobados por la entidad contratante, la fiscalización se obliga a continuar prestando los servicios de consultoría para lo cual deberá negociar con la entidad contratante el tiempo adicional que deberá prestar sus servicios y los costos que esto demande”.

Según manifiesta el Administrador del Contrato en oficio No. 25-ADMFS-2011 de 26 de junio de 2010, dirigido al Alcalde “En aplicación del contrato y en su oportunidad, se concedió al Consultor de Fiscalización una primera ampliación de plazo, que cubría las tres primeras prórrogas concedidas a la Cía. COANDES, negociándose el trabajo adicional de Fiscalización por 180 días, adicionales a los 365 días del contrato de fiscalización para la construcción del proyecto...”.

En el mismo oficio se agrega que: “por no disponerse de partida presupuestaria, los pagos del tiempo adicional correspondientes a la primera ampliación de plazo, se cancelaron a partir del mes de octubre del 2010, quedando un período de 6 meses anteriores sin cubrir el pago del personal empleado por la fiscalización”.

Añade el Administrador del Contrato que, una vez que se ha concretado la terminación de los trabajos de construcción al 31 de julio de 2011, es procedente determinar la ampliación del plazo de Fiscalización; y, solicita se determine la partida presupuestaria para efectuar el pago del valor que ha aceptado la Comisión Técnica sobre la base de la propuesta económica del consultor.

El numeral 8 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, incluye en la definición de consultoría a la fiscalización de proyectos.

En materia de contratos complementarios, el Capítulo VIII del Título IV de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el artículo 85, dispone:

“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”.

En concordancia, el artículo 86 de la misma Ley, establece también como causa que justifica la celebración de contratos complementarios, la creación de rubros nuevos, en los siguientes términos:

“Art. 86.- Creación de Rubros Nuevos.- Si para la adecuada ejecución de una obra o prestación de un servicio, por motivos técnicos, fuere necesaria la creación de nuevos rubros, podrá celebrarse contratos complementarios dentro de los porcentajes previstos en el artículo siguiente...”.

De las normas hasta aquí analizadas se concluye que las causas por las que se pueden celebrar contratos complementarios en materia de consultoría, son las establecidas en los artículos 85 y 86 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, esto es cuando fuere necesario ampliar, modificar o complementar el servicio, por causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas con su ejecución; o, para la creación de rubros nuevos, también motivada en causas técnicas.

El artículo 87 de la misma Ley Orgánica, bajo el título de “Normas Comunes a los Contratos Complementarios”, dispone en la parte final de su primer inciso que: “El valor de los contratos complementarios de consultoría no podrá exceder del setenta (70%) por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal”. Idéntica previsión consta en el inciso segundo del artículo 132 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En pronunciamiento contenido en oficio No. 02352 de 17 de junio de 2011, con respecto a la cuantía total en que se puede incrementar un contrato de obra, concluí manifestando que: “de conformidad con la disposición expresa del artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que contiene normas comunes aplicables a los casos regulados por el Capítulo VIII de su Título IV, entre los que están tanto aquellos eventos en los que procede celebrar contratos complementarios (artículos 85 y 86 de la ley), como los casos en los que no es necesaria la suscripción de un contrato complementario (artículos 88 y 89 de la Ley), la cuantía total por todos estos conceptos no se puede acumular”.

Idéntico criterio es aplicable respecto de los contratos de consultoría, también sujetos a la disposición del artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. En consecuencia, cualquier ampliación de un contrato de consultoría, se debe motivar en razones imprevistas o técnicas de conformidad con los artículos 85 y 86 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contrata-

ción Pública, y debe ser instrumentada a través de contratos complementarios, cuya cuantía total no puede exceder del 70% del valor actualizado o reajustado del contrato principal, según el artículo 87 *ibídem*.

En el evento de que, en la ejecución de un contrato de consultoría se requiriere la prestación de servicios que sobrepasen el límite del 70% establecido por el artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para los contratos complementarios, dichos servicios deberán ser objeto de un contrato independiente.

En el caso, según consta en el oficio inicial de consulta No. 168-2011-AGMO de 6 de diciembre de 2011, en el contrato de ejecución de obra suscrito por la Municipalidad de Otavalo con la Empresa COANDES para la construcción de proyecto de Recuperación del Lago San pablo a través del Alcantarillado Sanitario y Tratamiento de Aguas Residuales de las poblaciones aledañas, “2. ...se han concedido siete prórrogas: de 30 días la primera, 58 días la segunda, 94 días la tercera, 77 días la cuarta, 75 días la quinta, 56 la sexta y 98 días la séptima...”.

Las prórrogas de plazo concedidas en el contrato de obra “han influido en los trabajos de fiscalización” según el acápite 4 del oficio inicial de consulta; y, ello ha dado lugar a la firma del “Acta de Negociación tiempo adicional y costos de los servicios de consultoría, suscrita el 5 de julio de 2010...”, según el acápite 5 del oficio de consulta.

Según el acápite 10 del citado oficio de consulta “Mediante oficio No. 25-DMFSP-2011, de fecha 26 de junio de 2010, recibido el 8 de agosto del 2011, el Ing. Jorge Sánchez Administrador del Contrato, solicita la segunda ampliación por un valor de 158.423,83 USD, justificando razones técnicas y sociales”. La Asesoría jurídica de esa Municipalidad, según refiere el acápite 11 de la consulta considera que “...toda vez que se ha justificado la ampliación del contrato de obra, el contrato de fiscalización también debe ser prorrogado el plazo, al momento que se disponga de la partida presupuestaria y disponibilidad económica”.

Por tanto, las dos ampliaciones de plazos y costos del Contrato de Consultoría, al constituir una ampliación ocasionada por circunstancias imprevistas, debieron ser instrumentadas en uno o varios contratos complementarios, al tenor de los artículos 85 y 86 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sujetos en su cuantía al límite del 70% del valor actualizado o reajustado del contrato principal, de conformidad con el artículo 87 *ibídem*.

Del oficio No. 2011-0209-DFIN de 8 de noviembre de 2011 dirigido al Alcalde de Otavalo por la Directora Financiera y del oficio No. 25-ADMFS-2011 de 26 de junio de 2010 del Administrador del Contrato, a los que se hizo referencia en los antecedentes de este pronunciamiento, se desprende que pese a que no se han celebrado contratos complementarios al de consultoría, los servicios de fiscalización correspondientes a la “primera ampliación de plazo” fueron autorizados, prestados y pagados, conforme al Acta de Negociación de tiempo adicional y costos de los servicios de consultoría, de 5 de julio de 2010, a la que también se hizo referencia en los antecedentes de este pronunciamiento. El Administrador del Contrato, en el oficio de la referencia, manifiesta que: “por no disponerse de partida presupuestaria, los pagos del tiempo adicional correspondientes a la primera ampliación de plazo, se cancelaron a partir del mes de octubre del 2010”.

La segunda ampliación del Contrato de Consultoría, solicitada por el Administrador del Contrato, según el acápite 10 del oficio de consulta, ha sido objetada en cuanto a su pago, por la Dirección Financiera de la Municipalidad en oficio No. 2011-0161-DFIN de 16 de agosto de 2011.

Del análisis jurídico que precede, en atención a los términos de su consulta se concluye que, en virtud de que los servicios ya han sido prestados por el consultor, no es procedente la suscripción de un contrato complementario al de consultoría, cuya cuantía máxima, además, estaba sujeta al límite del 70% del valor actualizado o reajustado del contrato principal, de conformidad con el artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Corresponde a la Auditoría Interna de la Entidad a su cargo, así como a la Contraloría General del Estado, determinar las eventuales responsabilidades de los funcionarios y servidores por las actuaciones y omisiones relacionadas con los procedimientos de celebración, ejecución y pago del contrato de consultoría que motiva su consulta, así como respecto del contrato de obra cuyas sucesivas prórrogas de plazo han influido en la necesidad de prorrogar los trabajos de fiscalización.

OF. PGE. N°: 06188, de 31-01-2012

CONTRATOS DE SERVICIOS OCASIONALES: DOCENTES EXTRANJEROS EN CONDICIÓN MIGRATORIA –TRANSEUNTE O VISITANTE TEMPORAL

ENTIDAD CONSULTANTE: UNIVERSIDAD TÉCNICA DE COTOPAXI

CONSULTA:

“La Universidad Técnica de Cotopaxi, puede o no contratar al amparo de lo que dispone el artículo 5 de la LOSEP, al Acuerdo Ministerial No. MRL- 2011- 00174, publicado en el Registro Oficial No. 502 del 29 de julio de 2011, y disposición general DECIMA PRIMERA del Acuerdo No. 2011- 052, publicado en el Registro Oficial No. 541 del 23 de septiembre del 2011, de la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, a las personas extranjeras en condición migratoria de transeúnte o visitante temporal en el Ecuador que han obtenido su titulación en el exterior y que en la actualidad no consta en el listado o registro de Universidades Extranjeras de la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, conforme lo establece el artículo 126 de la Ley Orgánica de Educación Superior, para prestar sus servicios profesionales en calidad de docentes de Maestría o Postgrado”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 9, 61 num. 7.

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 5; y, 3 num. 14 y 148 de su Reglamento.

Ley Orgánica de Educación Superior Arts.126, 150,153 y Disp. Trans. Vigésima.

Ley de Extranjería Art. 12.

Reglamento de Escalafón de Educación Universitaria y Politécnica Art. 42.

A. M. N° MRL-2011-00174 del Ministerio de Relaciones Laborales Arts. 7, 8 lit. g) num. 1, 9, 11, 12 y Disp. Gen. Cuarta.

PRONUNCIAMIENTO:

En forma previa a atender su requerimiento, mediante oficio No. 06779 de 6 de marzo de 2012, esta Procuraduría le solicitó remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado del Asesor Jurídico de dicha Entidad, respecto del objeto de su consulta, lo que fue atendido con el oficio No. R. E- 154 – 2012 de 16 de marzo de 2012, ingresado el 20 de marzo del presente año.

El Procurador de la Universidad Técnica de Cotopaxi, en el oficio No. DP- 127- 2012 de 15 de marzo de 2012, como alcance al oficio No. DP- 096- 2011 de 24 de febrero de 2011 (sic) expresa lo siguiente:

“...en el marco del desarrollo de las actividades académicas de Postgrado, la Universidad ha suscrito un convenio con el Instituto Superior Minero Metalúrgico de Moa, con el objeto de proporcionar servicios profesionales de los docentes universitarios cubanos para realizar labores académicas en la Universidad Técnica de Cotopaxi, en condición de docentes invitados para dictar módulos en programas de maestría y talleres de asesoría académica. Para el efecto se ha establecido la modalidad de contratos civiles de servicios profesionales por periodos de tiempo que no superan los noventa días o tres meses, en los cuales terminan sus actividades académicas y trabajos para los cuales fueron contratados, luego de lo cual retornan a su país de origen”.

Concluye el informe del Procurador de la Universidad Técnica de Cotopaxi, manifestando que: “... es legal y procedente contratar a personal docente extranjero, aún cuando su título no se encuentre registrado en la SENESCYT, en virtud de lo dispuesto en la disposición general décima primera del Acuerdo No. 2011- 052, publicado en el Registro Oficial No. 541 del 23 de septiembre del 2011”.

Este Organismo con los oficios Nos. 06780 y 07145 de 6 y 26 de marzo de 2012, le requirió al Secretario Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, el criterio institucional de esa Entidad en relación al tema consultado, lo cual fue atendido con el oficio No. SENESCYT- SN- 2012- 0425- CO de 5 de abril de 2012, ingresado el 10 de abril del presente año, quien expresa lo siguiente:

“Por lo anteriormente expuesto, la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, SENESCYT, debe señalar que la petición materia del presente análisis, debe ser atendida por el Consejo de Educación Superior, CES, organismo público competente para conocer el presente caso”.

Concluye el Secretario de SENESCYT manifestando:

“Debo señalar adicionalmente, que es atribución y responsabilidad tanto del Ministerio de Relaciones Laborales, así como del Ministerio de Relaciones Exteriores, emitir criterios institucionales en caso de existir duda respecto a la aplicación de normas generales inherentes al accionar de estas Carteras de Estado”.

Esta Procuraduría mediante oficios Nos. 06781 y 07146 de 6 y 26 de marzo de 2012, le requirió al Director General de Extranjería el criterio institucional en relación al tema consultado, lo que fue atendido con el oficio No. 0000419-DGE- 2012 de 2 de abril de 2012, ingresado el 2 de abril del presente año, quien expresa lo siguiente:

“No es posible que un ciudadano que tenga una visa de turismo o de tránsito en el Ecuador, y pueda ser contratado como docente de la Universidad de Cotopaxi, pues la misma naturaleza de esta visa impide que una persona que la posea pueda ser contratada. Ya que los fines son de turismo, comercio y actos propios de una visita corta al país”.

Señala además el Director General de Extranjería que, “es importante tener en cuenta también las tres calidades migratorias que respecto de las personas extranjeras establece el acuerdo ministerial No. MRL- 2011- 00174, del Ministerio de Relaciones Laborales, siendo estas: residentes en el Ecuador por más de cinco años, residentes por menos de cinco años, y no migrantes. En los dos primeros casos el extranjero que pretenda prestar sus servicios, debe tener ya una visa de residencia, es decir una visa indefinida, mas no de turista.

Concluye el Director General de Extranjería, con la cita del Art. 7 del Acuerdo Ministerial mencionado expresando que: “Lo anteriormente indicado no descarta la posibilidad de que el ciudadano extranjero que esté de tránsito por el Ecuador, mientras posea tal calidad adquiera una visa 12- IV o 12- VI, con las que ya pudiera prestar sus servicios”.

La Procuraduría General del Estado mediante los oficios Nos. 06778 y 07144 de 6 y 26 de marzo de 2012, requirió el criterio jurídico institucional del Ministerio de Relaciones laborales, lo cual no ha sido atendido hasta la presente fecha.

La Constitución de la República, en el Art. 9 dispone que: “Las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la Constitución”.

Entre los derechos de participación que reconoce la Carta Constitucional, el numeral 7º del Art. 61 se refiere al desempeño de empleos y funciones públicas. El inciso final del mismo artículo dispone que: “Las personas extranjeras gozarán de estos derechos en lo que les sea aplicable”.

El penúltimo inciso del Art. 5 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que contiene los requisitos para el ingreso al servicio público, prevé lo siguiente:

“...Las personas extranjeras residentes en el Ecuador podrán prestar sus servicios en calidad de servidoras o servidores públicos en asuntos en los cuales por su naturaleza se requiera contar con los mismos, sin perjuicio de la aplicación de los convenios bilaterales de reciprocidad que rijan esta materia, previo informe y de ser el caso el permiso de trabajo otorgado por el Ministerio de Relaciones

Laborales. Para ocupar puestos de carrera, deberán tener una residencia en el país de al menos cinco años y haber cumplido el respectivo concurso de méritos y oposición”.

El inciso final del Art. 5 de la indicada Ley Orgánica dispone:

“...En caso de requerirse la contratación de personas extranjeras, la autoridad nominadora, previo informe motivado de la unidad de administración del talento humano solicitará la respectiva autorización del Ministerio de Relaciones Laborales”.

Por su parte, el numeral 4 del Art. 3 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, establece los requisitos que deben cumplir las personas extranjeras que van a laborar en las instituciones del sector público.

Los dos incisos siguientes a la letra b) del Art. 4 del citado Reglamento determinan que previo a contratar a cualquier persona extranjera, la Dirección de Empleo y Reversión Laboral del Ministerio de Relaciones Laborales emitirá el dictamen favorable para la actividad a desarrollar, para lo cual la UATH deberá remitir un informe motivado sobre la necesidad de contar con ese talento humano; autorización que será válida exclusivamente en la institución que solicitó la contratación y tendrá vigencia únicamente durante el plazo autorizado por la referida Dirección de Empleo y Reversión Laboral.

El Art. 148 del indicado Reglamento, dispone que las personas extranjeras podrán prestar sus servicios al Estado Ecuatoriano, mediante la suscripción de contratos civiles de servicios profesionales o de servicios técnicos especializados para lo cual deberán cumplir con lo establecido en la LOSEP, su reglamento general y las normas legales pertinentes.

El Ministerio de Relaciones Laborales mediante el Acuerdo No. MRL- 2011-00174 publicado en el Registro Oficial No. 502 de 29 de julio de 2011, emitió el procedimiento que permite a las personas extranjeras obtener autorización o certificación para prestar sus servicios en las Instituciones del Estado.

El Art. 7 del indicado Acuerdo Ministerial prescribe lo siguiente:

“De las personas extranjeras con calidad migratoria de no residente.- Las personas extranjeras no residentes en el Ecuador, que se internan legal y condicionalmente en el país, sin ánimo de radicarse, titulares de una visa 12 IV y 12 VI, podrán desarrollar labores temporales, bajo relación de dependencia, en las

instituciones del Estado, únicamente mediante nombramientos de libre nombramiento y remoción; o bajo la modalidad de contratos de servicios ocasionales.

Igualmente, podrán celebrar contratos de servicios profesionales y técnicos especializados, sin relación de dependencia. No podrán ocupar los puestos que se encuentran determinados en el artículo 5 de este acuerdo”.

El Art. 8 del Acuerdo Ministerial en estudio, prescribe que las personas extranjeras de cualquier calidad migratoria para prestar sus servicios en las instituciones del Estado, deben cumplir entre otros requisitos generales, los que constan en el numeral 1 letra g): “En el caso de ingresar bajo relación de dependencia laboral, contar con la correspondiente autorización laboral y carné ocupacional emitido por el Ministerio de Relaciones Laborales”.

El inciso primero del Art.9 del indicado Acuerdo Ministerial, prevé que:

“Una vez que la persona extranjera de cualquier calidad migratoria, que va a ingresar a una institución del Estado en relación de dependencia laboral, presente la documentación señalada en el artículo anterior en la UATH institucional; antes de la emisión del correspondiente nombramiento y, en el caso de los contratos de servicios ocasionales, antes del correspondiente registro, deberá obtener la autorización laboral y carné ocupacional emitido por la Dirección de Empleo y Reconversión Laboral, del Ministerio de Relaciones Laborales”.

Agrega su inciso segundo que: “La autorización laboral y el carné ocupacional se emiten para el ejercicio del puesto mediante nombramiento o contrato de servicios ocasionales”.

El inciso primero del Art. 11 del referido Acuerdo Ministerial No. 00174 dispone que, las personas extranjeras no residentes en el país que deseen laborar en las instituciones del Estado, bajo relación de dependencia, deberán obtener la autorización laboral y carné ocupacional emitidos por el Ministerio de Relaciones Laborales, como requisito previo para recibir la Visa 12 VI.

El Art. 12 del Acuerdo Ministerial de la referencia, señala lo siguiente:

“De los contratos sin relación de dependencia con instituciones del Estado.- Las personas extranjeras residentes o no residentes en el Ecuador podrán suscribir contratos civiles de servicios profesionales o contratos civiles de servicios técnicos especializados sin relación de dependencia, con instituciones del Estado, siempre y cuando la UATH que los requiere, justifique que el servicio que pres-

tarán no puede ser ejecutado por personal de su propia entidad u organización; que este fuere insuficiente; o, que se requiere de los conocimientos y especialización de la persona extranjera, en actividades específicas. Deberán existir los recursos económicos disponibles en una partida para tales efectos, no deberá implicar aumento de la masa salarial aprobada, y las personas extranjeras deberán cumplir con los perfiles establecidos para el servicio que vayan a prestar.

Las personas extranjeras a contratarse bajo esta modalidad no deberán tener inhabilidades, prohibiciones e impedimentos establecidos para las y los servidores públicos, por lo que deberán cumplir con los requisitos y presentar los documentos señalados en el artículo 8 de este acuerdo, con excepción de la declaratoria de ganador de un concurso de méritos y oposición y la autorización laboral y carné ocupacional, por no existir relación de dependencia laboral”.

Téngase en cuenta que el inciso tercero del artículo 12 del mencionado Acuerdo Ministerial determina que para la prestación de servicios bajo contratos de servicios profesionales o técnicos especializados sin relación de dependencia, se solicitará a la Dirección de Reversión Laboral del Ministerio de Relaciones Laborales, que extienda una certificación de no requerir autorización laboral ni carné ocupacional, presentando la documentación que ahí se especifica.

Además, el penúltimo y últimos incisos del citado Art. 12 disponen que las personas extranjeras no residentes, en el caso de no disponer de una Visa 12 IV o 12 VI, para prestar sus servicios en el Estado, deberán tramitar la Visa 12 VI, una vez extendida la indicada certificación, la misma que quedará sin efecto automáticamente, al terminar el contrato en virtud del cual se extendió.

Cabe resaltar que el artículo 12 de la Ley de Extranjería contempla a los extranjeros no inmigrantes, entre ellos, en las categorías IV y VI, a las personas desplazadas como consecuencia de guerras o de persecuciones políticas en su país de origen; y a los profesionales de alto nivel técnico o trabajadores especializados que sean llamados por empresas, instituciones o personas establecidas en el país, para ejecutar labores temporales de su especialidad o con fines de entrenamiento industrial.

Considerando que su consulta está referida al ejercicio de la docencia de Maestría o Postgrado en la Universidad Técnica de Cotopaxi, se deberá tener en cuenta la Disposición General Cuarta del indicado Acuerdo Ministerial, la cual prescribe que para el caso de títulos profesionales y de cuarto nivel que hayan sido obtenidos en universidades e institutos de educación superior procedentes de

otros países, que sean presentados por las personas extranjeras, se deberá seguir el procedimiento que determine la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación- SENESCYT.

En concordancia con lo expuesto, mediante Acuerdo No. 2011- 052 publicado en el Registro Oficial No. 541 de 23 de septiembre de 2011, el Secretario Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación (E), expidió el Reglamento para el Reconocimiento, Homologación y Revalidación de Títulos Expedidos en el Exterior, el cual en su Disposición General Segunda prevé que todo título obtenido en el extranjero y debidamente reconocido por la SENESCYT se lo inscribirá en el Sistema Nacional de Información de la Educación Superior (SNIESE), el mismo que podrá ser verificado a través del portal electrónico de la Secretaría por cualquier persona o institución que lo requiera.

Cabe destacar que, de conformidad con el Art. 150 de la Ley Orgánica de Educación Superior, para ser profesor titular principal de una universidad o escuela politécnica pública o particular, se requiere tener título de posgrado correspondiente a doctorado (PhD o su equivalente) en el área afín a la cátedra; haber realizado o publicado obras de relevancia o artículos indexados en el área afín en que ejercerá la cátedra en los últimos cinco años; ser ganador del correspondiente concurso público de merecimiento y oposición; tener cuatro años de experiencia docente; y, reunir los requisitos adicionales señalados en los estatutos de cada Institución del Sistema de Educación Superior.

Para el caso de los profesores titulares agregados o auxiliares, el indicado Art. 150 determina que deberán contar, como mínimo, con título de maestría afín al área en que ejercerán la cátedra y los demás requisitos que se establecerán en el reglamento respectivo.

Por su parte, el Art. 153 de la Ley Orgánica citada, dispone que los requisitos para ser profesor invitado, ocasional u honorario, como es el caso que motiva su consulta, “serán establecidos en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior”.

Conforme a la Disposición Transitoria Vigésima de la Ley Orgánica de Educación Superior, el Consejo de Educación Superior en el plazo de ciento ochenta días a partir de su constitución, deberá expedir el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, que regule el ingreso, promoción, estabilidad escalafón, evaluación, cesación y jubilación del personal docente. Dicho Reglamento no ha sido dictado todavía.

Adicionalmente a lo expuesto, la Disposición Cuarta del Régimen de Transición de la indicada Ley Orgánica dispone que hasta que se aprueben los reglamen-

tos previstos en dicha ley, seguirá en vigencia la normativa que regula el sistema de educación superior, en todo aquello que no se oponga a la Constitución y esta Ley.

En el caso en análisis, mediante Resolución No. 20 de 24 de julio de 1996, el ex Consejo Nacional de Universidades y Escuelas Politécnicas, CONESUP, expidió el “Reglamento de Escalafón de Educación Universitaria y Politécnica” aplicable a todas las universidades y escuelas politécnicas del país, que en el Art. 42 señala lo siguiente:

“Art. 42.- Profesores contratados.- Las universidades y escuelas politécnicas podrán celebrar contratos de servicios profesionales a plazo fijo con personal académico nacional y extranjero Cuando el contrato sea con personal nacional, el plazo máximo de duración será de tres años.

Los profesores así contratados no están amparados por este Reglamento, pero se les reconocerá el tiempo de servicio para efectos de subsidio de antigüedad si pasasen a ser profesores titulares”.

En consecuencia, hasta tanto el Consejo de Educación Superior expida el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, el ingreso del personal docente a las universidades y escuelas politécnicas deberá sujetarse a la normativa que regula el sistema de educación superior, como es el “Reglamento de Escalafón de Educación Universitaria y Politécnica” expedido por el ex CONESUP, en todo aquello que no se oponga a la Constitución y la Ley Orgánica del Sistema de Educación Superior, por así disponerlo la Disposición Cuarta del Régimen de Transición de la referida Ley Orgánica.

En estos términos me pronuncié con el oficio No. 06643 de 27 de febrero de 2012, al atender la consulta formulada por el Rector de la Universidad Politécnica Estatal del Carchi.

La Disposición General Décima Primera del Acuerdo de la SENESCYT citado, prescribe que los ciudadanos extranjeros podrán presentar la solicitud para el reconocimiento de títulos, cuando se encuentren en el país en situación migratoria regular, con visa de inmigrante o no inmigrante, no así quienes tengan la condición de transeúntes en los términos de la Ley de Extranjería.

En este sentido, la Ley Orgánica de Educación Superior, en el Art. 126 dispone que la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Inno-

vacación- SENESCYT – efectivizará el reconocimiento e inscripción automática de títulos obtenidos en el extranjero cuando dichos títulos se hayan otorgado por instituciones de educación de alto prestigio y calidad internacional; siempre y cuando consten en un listado que para el efecto elabore anualmente la Secretaría, en cuyo caso no se requerirá trámite alguno.

Por lo expuesto, de conformidad con el Art. 153 de la Ley Orgánica de Educación Superior se concluye que las Universidades y Escuelas Politécnicas pueden contratar a personas extranjeras que hayan obtenido su título profesional en el exterior para prestar sus servicios profesionales u ocasionales, en calidad de docentes de maestría o posgrado, siempre que obtengan la visa de no inmigrante Categoría 12- VI prevista en el Art. 12 de la Ley de Extranjería, y cumplan los requisitos señalados en los artículos 7, 8, 9, 11, 12 y Disposición General Cuarta del Acuerdo No. MRL- 2011- 00174 publicado en el Registro Oficial No. 502 de 29 de julio de 2011, como son obtener la certificación del Ministerio de Relaciones Laborales de no requerir autorización laboral ni carné ocupacional para dicha actividad en el caso de prestación de servicios profesionales; en cambio que, dichos documentos son exigibles para el caso de contratos de servicios ocasionales; y que los títulos profesionales y de cuarto nivel obtenidos en universidades e institutos de educación superior extranjeros, se sujeten al procedimiento que determine la SENESCYT.

Así mismo, se deberán tener en cuenta las Disposiciones Generales Segunda y Décima Primera del Acuerdo No. 2011- 052 expedido por la SENESCYT, publicado en el Registro Oficial No. 541 de 23 de septiembre de 2011, que prescriben que todo título obtenido en el extranjero reconocido por la SENESCYT se inscribirá en el Sistema Nacional de Información de la Educación Superior para lo cual, los extranjeros podrán solicitar el reconocimiento de títulos cuando se encuentren en el país en situación migratoria regular, con visa de inmigrante o no inmigrante, excepto quienes tengan la condición de transeúntes en los términos de la Ley de Extranjería; y el Art. 126 de la Ley Orgánica de Educación Superior que dispone a la SENESCYT el reconocimiento e inscripción automática de títulos obtenidos en el extranjero otorgados por instituciones de educación de alto prestigio y calidad internacional y consten en el listado que elabore dicha Secretaría, a cuyo efecto no se requerirá trámite alguno para que el título sea reconocido y válido en el Ecuador; caso contrario, la SENESCYT podrá reconocerlo e inscribirlo previo al trámite correspondiente.

OF. PGE. N°: 07775, de 14-05-2012

CONTRIBUCIÓN DEL CINCO POR MIL A LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO: CÁLCULO

ENTIDAD CONSULTANTE: COPORACIÓN ELÉCTRICA DEL ECUADOR,
CELEC EP

CONSULTA:

“¿Es correcto que la retención del aporte del cinco por mil a la Contraloría, se lo haga sobre los ingresos reales, conforme a la disposición del Art. 30 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y no sobre el valor del Presupuesto como se indica en el citado Acuerdo No. 035-FIN2011, dictado el 29 de noviembre de 2011 y publicado en el Registro Oficial No. 620 del 17 de enero de 2012, sabiendo que conforme a lo establecido en la parte pertinente del Art. 425 de la Constitución de la República: ‘En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior?’”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 211, 225, 292, 315 y 425.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado Arts. 2, 30; y, 5, 9, 6, 12 y 17 de su Reglamento.

Reglamento para la Determinación, Recaudación y Control del Aporte del Cinco por Mil que financia el Presupuesto de la Contraloría General del Estado Art. 6.

PRONUNCIAMIENTO:

Atenta la materia sobre la que trata la consulta, a fin de contar con mayores elementos de análisis, con oficio No. 07589 de 30 de abril de 2012, este Organismo requirió el criterio institucional de la Contraloría General del Estado, el que ha sido remitido mediante oficio No. 10047 DJDJ de 9 de mayo de 2012, recibido el mismo día.

Mediante oficios Nos. 07588 y 07828 de 30 de abril y 16 de mayo de 2012, esta Procuraduría solicitó e insistió a la empresa pública consultante, remita el criterio del Asesor Jurídico, debidamente fundamentado y en texto independiente, lo que ha sido atendido con oficio No. CELEC EP-GG-519-12 de 16 de mayo de 2012, recibido el 18 de mayo del presente año.

El criterio jurídico de la empresa pública consultante, contenido en memorando No. CELEC-EP-DJ-184-12 de 11 de mayo de 2012, cita el artículo 425 de la Cons-

titución de la República, que establece el orden jerárquico de aplicación de las normas; el artículo 30 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado que faculta a ese organismo a realizar en la correspondiente entidad, la liquidación de los valores pagados o adeudados por concepto del cinco por mil, sobre la base de los ingresos reales; y, el artículo 6 del Reglamento para la Determinación, Recaudación y Control del Aporte del Cinco por Mil que financia el Presupuesto de la Contraloría General del Estado, el cual establece que las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y las empresas públicas “Incluirán en las proformas presupuestarias anuales, el valor estimado del aporte del cinco por mil, calculado sobre el monto total de sus ingresos...”.

Agrega que, mediante Acuerdo de la Contraloría General del Estado No. 035-FIN2011, publicado en el Registro Oficial No. 620 del 17 de enero de 2012, se dispone en el Art. 1, que el Gerente del Banco Central, “proceda a la retención automática mensual del aporte del cinco por mil de los presupuestos de las entidades y organizaciones del sector público...”.

Sobre dicha base normativa, el informe jurídico de la empresa pública consultante manifiesta que: “la disposición, del Acuerdo referido, contraviene lo establecido tanto en el Art. 30 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, así como lo prescrito en el Art. 6 del Reglamento del Aporte del Cinco por Mil a la Contraloría, puesto que en éste se dispone que la retención se la realizaría sobre el presupuesto, el que cuenta con fuentes de financiamiento, también, de capital y de inversión y no sólo con ingresos reales (corrientes – propios) percibidos, respecto de los cuales se ha venido pagando el aporte correspondiente”; y, concluye:

“De acuerdo con lo establecido en la citada disposición constitucional en la que se establece la jerarquía de las normas, considero que el aporte del cinco por mil a la Contraloría, se lo debe realizar conforme a la disposición del Art. 30 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, es decir sobre la base de los ingresos reales y no sobre el valor del Presupuesto como se indica en el citado Acuerdo No. 035-FIN2011, dictado el 29 de noviembre de 2011 y publicado en el Registro Oficial No. 620 del 17 de enero de 2012, pues la Ley Orgánica de la Contraloría, jerárquicamente es superior al Acuerdo referido, conforme a la norma constitucional transcrita”.

Por su parte, el Contralor General del Estado, en el oficio No. 10047 DJDJ de 9 de mayo de 2012, sobre la base de los artículos 30 reformado de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 5, 6, 12 y 17 del Reglamento para la Determinación, Recaudación y Control del Aporte del Cinco por Mil que financia

el Presupuesto de la Contraloría General del Estado, manifiesta: "...el monto anual del aporte del cinco por mil que le corresponde recibir a la Contraloría General del Estado, se establecerá sobre la base de los ingresos presupuestados de todos los organismos, entidades y empresas públicas que integran el sector estatal, sus proyectos y programas; y, que están sometidos al control de este organismo técnico".

Agrega el Contralor General que: "Corresponde al Banco Central del Ecuador, depositario oficial de los recursos públicos, proceder a la retención automática de los valores correspondientes con cargo a los ingresos presupuestados de las entidades y empresas públicas sujetas al aporte del cinco por mil, para financiar el presupuesto de la Contraloría General del Estado, valores que deben acreditarse dentro de los diez primeros días de cada mes del año 2012 en la cuenta corriente 01320020 'Servicios de Contraloría', aperturada en la referida institución bancaria, sin perjuicio de que la Contraloría General del Estado realice en forma periódica, en la correspondiente entidad, la liquidación de los valores pagados o adeudados por concepto del cinco por mil, sobre la base de los ingresos reales. Si de la liquidación existieran valores a favor de la Contraloría General del Estado, deberán ser cancelados de inmediato por parte de las entidades aportantes, debiendo adjuntar a las liquidaciones los respectivos comprobantes, solicitud de pago u otro documento de respaldo.- Si de la liquidación existieren valores que resulten a favor de las entidades aportantes, se efectuarán los ajustes correspondientes".

El artículo 211 de la Constitución de la República, establece que: "La Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos".

Con respecto a las empresas públicas, el segundo inciso del artículo 315 de la Constitución de la República, dispone que: "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 Presupuesto General del Estado según el artículo 292 de la Constitución de la República, "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".

En concordancia, el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, prescribe que: “Las disposiciones de esta Ley rigen para las instituciones del sector público determinadas en los artículos 225, 315 y a las personas jurídicas de derecho privado previstas en el artículo 211 de la Constitución”.

De las normas hasta aquí citadas se desprende que, las empresas públicas a las que se refiere el artículo 315 de la Constitución de la República, están incluidas en el ámbito de control que corresponde a la Contraloría General del Estado, según el artículo 2 de la Ley Orgánica de ese Organismo de Control.

El artículo 30 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, establece la forma en que se financia el presupuesto de ese Organismo; y, dispone:

“Art. 30.- Presupuesto.- La proforma del presupuesto anual de la Contraloría General del Estado, se remitirá oportunamente al Ministerio de Economía y Finanzas para su ulterior aprobación por el Congreso Nacional, conforme a lo dispuesto en los artículos 211, 258 y 259 de la Constitución Política de la República. (actuales artículos 211, 294 y 295 de la Constitución de la República)

El presupuesto de la Contraloría General del Estado se financiará con:

- a) La transferencia del cinco por mil de los ingresos presupuestados, de todas las instituciones del Estado y, en la parte proporcional de las personas jurídicas de derecho privado, cuyo capital social, patrimonio, fondo o participación tributaria esté integrado, con recursos públicos, y que de conformidad con esta Ley, se encuentran sometidas al control de la Contraloría General del Estado. Exceptúanse del cobro de este aporte exclusivamente los ingresos provenientes de empréstitos internos y externos, los saldos iniciales de caja, los fondos recaudados a favor de otras entidades y que deben ser transferidos a aquellas; y, las recaudaciones y recuperaciones de la AGD destinadas a pagar a los perjudicados por la banca cerrada, los de: la Junta de Beneficencia de Guayaquil, Cruz Roja Ecuatoriana, Sociedad de la Lucha Contra el Cáncer (SOLCA), y Sociedad Protectora de la Infancia. En el caso de las universidades y escuelas politécnicas, se estará a lo que dispone la Ley Orgánica de Educación Superior;
- b) Los ingresos previstos en otras disposiciones legales;
- c) Los recursos de autogestión; y,
- d) Otros ingresos.

El presupuesto de la Contraloría General del Estado no será afectado por transferencias, aportes ni deducción alguna.

El Ministerio de Economía y Finanzas o el organismo que haga sus veces, respecto a las instituciones del Estado que conforman el Gobierno Central, transferirá de manera obligatoria y mensual a través del Banco Central del Ecuador, el valor del cinco por mil que corresponde a la Contraloría General del Estado.

Para el aporte del cinco por mil de las demás instituciones del Estado y privadas que tengan recursos públicos, se procederá mediante la retención automática mensual por parte de los bancos depositarios privados y públicos, en las alícuotas establecidas por la Contraloría General del Estado.

El pago y retención automática de los valores que correspondan a la Contraloría General del Estado, deberá ser cumplido por los funcionarios y servidores responsables.

La Contraloría General del Estado está facultada para realizar en forma periódica, en la correspondiente entidad, la liquidación de los valores pagados o adeudados por concepto del cinco por mil, sobre la base de los ingresos reales.

Si por efecto de la modernización del Estado o cualquier otro motivo la Contraloría General del Estado dejare de percibir el aporte del cinco por mil, el Gobierno Central asumirá su financiamiento a través del Presupuesto General del Estado, a partir del siguiente ejercicio fiscal...

El Contralor General expedirá el reglamento para la determinación y recaudación del aporte del cinco por mil".

Según se desprende de la letra a) del artículo 30 de la citada Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, el presupuesto de ese Organismo se financia, entre otros recursos con: la transferencia del cinco por mil de los ingresos presupuestados, de todas las instituciones del Estado. La misma norma prevé el mecanismo de recaudación del aporte del cinco por mil, mediante "retención automática mensual por parte de los bancos depositarios privados y públicos, en las alícuotas establecidas por la Contraloría General del Estado"; confiere a ese Organismo de Control, competencia para realizar "la liquidación de los valores pagados o adeudados por concepto del cinco por mil, sobre la base de los ingresos reales"; y, al Contralor General le asigna atribución para expedir el reglamento para la determinación y recaudación del aporte del cinco por mil.

El Reglamento para la Determinación, Recaudación y Control del Aporte del Cinco por Mil que financia el Presupuesto de la Contraloría General del Estado, fue

expedido por Acuerdo No. 13 de ese Organismo, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 143 de 4 de marzo de 2010.

De conformidad con el artículo 2 del citado Reglamento, se consideran aportantes del cinco por mil, todas las entidades e instituciones y empresas públicas que comprenden el sector estatal, de acuerdo a los artículos 225 y 315 de la Constitución de la República del Ecuador.

Con respecto al monto del aporte del cinco por mil, el primer inciso del artículo 5 del Reglamento para la Determinación, Recaudación y Control del Aporte del Cinco por Mil que financia el Presupuesto de la Contraloría General del Estado, dispone que: “El monto anual del aporte del cinco por mil que le corresponde recibir a la Contraloría General del Estado, se establecerá a base de los ingresos presupuestados de todos los organismos, entidades y empresas públicas que integran el sector estatal, sus proyectos y programas; y, que están sometidos a su control...”.

En relación a las empresas públicas, el artículo 6 *ibídem*, dispone: “Art. 6.- Estimación del aporte del cinco por mil de las entidades que conforman el régimen autónomo descentralizado y las empresas públicas: Incluirán en las pro formas presupuestarias anuales, el valor estimado del aporte del cinco por mil, calculado sobre el monto total de sus ingresos, tanto de asignación fiscal, de autogestión y otros que se consideren recursos públicos”.

El artículo 9 del Reglamento mencionado establece las deducciones aplicables al cálculo del aporte del cinco por mil, e incluye entre ellas las siguientes: “a) Los ingresos provenientes de empréstitos internos y externos...; b) Los saldos iniciales de caja...; c) Los fondos recaudados a favor de otras entidades y que deben ser transferidos a aquellas...”.

El Capítulo III del citado Reglamento, regula la “Liquidación y Verificación del Aporte del cinco por mil”, y en su artículo 12, citado por el Contralor General del Estado en el oficio al que se hizo referencia en los antecedentes, dispone:

“Art. 12.- De la liquidación en las entidades del régimen autónomo descentralizado y las empresas públicas: La liquidación del aporte anual del cinco por mil, lo efectuarán las entidades aportantes sobre el total de los ingresos recibidos durante el ejercicio económico. De este valor, se deducirá los rubros que se detallan en el artículo 9 del presente reglamento, en caso de existir, obteniéndose el total de los ingresos menos las exoneraciones; al cual se aplicará el aporte del cinco por mil y se obtendrá el valor del aporte anual.

La liquidación se referirá a los datos del o de los ejercicios anteriores al de la fecha de presentación.

Si de la liquidación existieran valores a favor de la Contraloría General del Estado, deberán ser cancelados de inmediato por parte de las entidades aportantes, debiendo adjuntar a las liquidaciones los respectivos comprobantes, solicitud de pago u otro documento de respaldo.

Si de la liquidación existieren valores que resulten a favor de las entidades aportantes, se efectuarán los ajustes correspondientes”.

Para la recaudación del aporte del cinco por mil, el artículo 17 del mencionado Reglamento prescribe:

“Art. 17.- Recaudación en las entidades del régimen autónomo descentralizado y las empresas públicas: El Banco Central del Ecuador, depositario oficial de los recursos públicos, retendrá automáticamente los valores correspondientes con cargo a los ingresos de las entidades y empresas públicas sujetas al aporte del cinco por mil. Para las entidades que comprenden el régimen autónomo descentralizado, deducirá los valores necesarios de las cuotas mensuales establecidas a favor de ellas en el Fondo de Desarrollo Seccional “FODESEC”, u otro que lo reemplace, antes de ser acreditadas.

Las retenciones se efectuarán de las cuentas corrientes que mantienen en el banco anotado y/o de la cuenta que señale el Contralor General del Estado.

Las retenciones se efectuarán por doceavas partes en las cantidades indicadas en el catastro del aporte del cinco por mil, que para el efecto, expedirá el Contralor General del Estado, conforme se establece en el artículo 3 del presente reglamento.

Los valores retenidos se acreditarán en la cuenta número 01320020 “Contraloría - Cuenta Especial Servicios”, que mantiene en el Banco Central del Ecuador”.

De las normas transcritas se desprende que los artículos 5 y 6 del Reglamento para la Determinación, Recaudación y Control del Aporte del Cinco por Mil que financia el Presupuesto de la Contraloría General del Estado disponen que los ingresos presupuestados de las instituciones del Estado, constituyen la base de cálculo de la contribución del cinco por mil en beneficio de ese Organismo.

La recaudación del aporte del cinco por mil, según el artículo 17 del citado Reglamento, se efectúa por el Banco Central del Ecuador, con cargo a los ingresos de las entidades aportantes, mediante retención en la cuenta.

Por su parte, los artículos 1 y 5 del Acuerdo de la Contraloría General del Estado No. 035-FIN2011, publicado en el Registro Oficial No. 620 de 17 de enero de 2012, al que se refiere la consulta, en su orden prevén:

“Art. 1.- Disponer al Gerente General del Banco Central del Ecuador, proceda a la retención automática mensual del aporte del cinco por mil de los presupuestos de las entidades y organizaciones del sector público, para financiar el presupuesto de la Contraloría General del Estado, valores que deben acreditarse dentro de los diez primeros días de cada mes del año 2012 en la cuenta corriente 01320020 “Servicios de Contraloría”, aperturada en la referida institución bancaria”.

“Art. 5.- Las retenciones a las entidades y empresas del sector público sujetas al pago del aporte del cinco por mil, se realizarán con cargo a sus respectivas cuentas corrientes o la que señale el Contralor General del Estado, de conformidad con el detalle de las entidades que se envíe al Banco Central”.

Conforme se desprende del texto de los artículos 1 y 5 del Acuerdo No. 035-FIN2011 de la Contraloría General del Estado, con respecto al aporte del cinco por mil, dichas normas establecen el procedimiento de retención automática en las cuentas de las instituciones y empresas públicas aportantes, a fin de que los valores correspondientes al aporte del cinco por mil, se acrediten a su vez en la cuenta de la Contraloría General del Estado, aperturada en el Banco Central del Ecuador.

Del análisis que precede se desprende que, de conformidad con las letra a) del artículo 30 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, los ingresos presupuestados de la respectiva entidad pública sujeta a control de ese Organismo, constituyen la base de cálculo de la contribución del cinco por mil en beneficio de la Contraloría General del Estado; y, que dicho aporte se debe liquidar en función de los ingresos reales de la respectiva entidad pública, según el antepenúltimo inciso del citado artículo 30 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Por su parte, el Acuerdo No. 035-FIN2011 de la Contraloría General del Estado, establece la forma de pago del aporte del cinco por mil, disponiendo que se efectúe mediante retención automática que el Banco Central del Ecuador debe realizar, en las cuentas de las instituciones y empresas públicas aportantes y acre-

ditar en la cuenta de la Contraloría General del Estado, aperturada en la misma institución financiera pública.

Finalmente, conforme al artículo 12 del Reglamento para la Determinación, Recaudación y Control del Aporte del Cinco por Mil, que financia el Presupuesto de la Contraloría General del Estado se debe efectuar la liquidación del aporte del cinco por mil, sobre el total de los ingresos recibidos durante el respectivo ejercicio económico; y, producto de la liquidación se deberán efectuar los pagos o restituciones a que hubiere lugar.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, la retención del aporte del cinco por mil en beneficio de la Contraloría General del Estado, se debe efectuar sobre los ingresos presupuestados de la respectiva entidad, conforme la disposición de la letra a) del artículo 30 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y liquidar sobre la base de los ingresos reales de la respectiva entidad o empresa pública aportante, según lo prescrito por el antepenúltimo inciso del mismo artículo.

OF. PGE. N°: 08255, de 08-06-2012

CONVENIO DE COFINANCIAMIENTO: AMPLIACIÓN DE PLAZO

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN PATATE

CONSULTAS:

1. "Considerando que la solicitud de ampliación de plazo del convenio fue presentada por el GAD de Patate dentro del plazo de vigencia del convenio y, por demora en la entrega de los informes requeridos, así como por la falta de recursos de contraparte no se suscribió anteriormente el adenda ampliatorio del plazo, es posible firmar el adenda al convenio en la fecha actual en consideración al cumplimiento en la transferencia de recursos por parte del PDCC?, y posteriormente realizar el desembolso pertinente.

2. Conocer las implicaciones que traería el no firmar el adenda y/o justificar plazos al no poder entregar el tercer desembolso a pesar de disponer los recursos y no haber cumplido los objetivos del proyecto, tanto en lo social como en lo económico".

BASES LEGALES:

Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria del Sistema Financiero Art. 153 y Disp. Trans. Décima.

Código Civil Arts. 1453 y 1454.

D. E. N° 1668 de 07-04-2009 Art. 5 y Dips. Trans. Primera.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 05601 de 26 de diciembre de 2011, este Organismo solicitó a usted reorientar los términos de su consulta respecto a la inteligencia o aplicación de una norma jurídica, conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado por el Procurador Síndico de esa Municipalidad.

Dicho requerimiento ha sido atendido en oficio No. 036-A-GMP de 17 de enero del 2012, recibido el 18 de enero del presente año, por el que reformula la consulta en los siguientes términos:

“Considerando que la solicitud de ampliación de plazo del convenio fue presentada por el GAD de Patate dentro del plazo de vigencia del convenio y, por demora en la entrega de los informes requeridos, así como por la falta de recursos de contraparte no se suscribió anteriormente el adenda ampliatorio del plazo, de conformidad a lo dispuesto por los Arts. 1453 y 1454 del Código Civil, es posible firmar el adenda al convenio en la fecha actual en consideración al cumplimiento en la transferencia de recursos por parte del PDCC, y posteriormente realizar el desembolso pertinente”.

El informe del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, contenido en oficio No. 19-AJ-GMP de 17 de enero de 2012, remitido a pedido nuestro, refiere como antecedente que con fecha 23 de agosto de 2008, se firmó el “Convenio Específico de Co-financiamiento para la Ejecución del Subproyecto Desarrollo Integral del Cantón Patate”, entre la Municipalidad de San Cristóbal de Patate y el Proyecto de Desarrollo del Corredor Central del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, con un plazo de 24 meses, para implementar el Proyecto Integral Patate.

Añade que, el 4 de octubre de 2010, las partes suscribieron un primer adendum de extensión de plazo por 9 meses; y, que el 15 de junio de 2011, el Alcalde de Patate solicitó al Coordinador Nacional del Proyecto de Desarrollo del Corredor Central, una nueva ampliación del plazo por seis meses más. En la copia certificada del citado oficio, consta que la ampliación se solicitó “en vista de que el convenio finaliza el día 04 de julio del 2011 y por circunstancias de fuerza mayor

expuestas en el informe adjunto no se (ha) alcanzado el pleno cumplimiento de algunos resultados”. El informe del Procurador Síndico, manifiesta que se insistió en el pedido de ampliación del plazo del convenio, el 11 de julio de 2011 y el 31 de julio de 2011.

El informe cita los artículos 1453 y 1454 del Código Civil, que establecen que los convenios constituyen fuente de obligaciones y que definen al contrato o convenio como “el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”.

Argumenta que en el caso materia de consulta, la obligación nació con la suscripción del convenio, que contiene un plazo específico y que, sobre la base de ese plazo inicial se suscribió un adéndum ampliando dicho plazo por diez meses. Concluye que: “es procedente que los representantes legales de el GAD Municipal del cantón Patate, y el Instituto Nacional de Economía Popular y Solidaria-IEPS, firmen la adenda por el plazo de seis meses, ya que no se ha cumplido con el objeto del presente convenio para el cual fue firmado que es el Desarrollo Integral del Cantón Patate, tanto en lo social como en lo económico”.

En atención a nuestro requerimiento se ha remitido copia certificada del Convenio al que se refiere la consulta, denominado Convenio Específico de Co-Financiamiento para la Ejecución del Subproyecto “Desarrollo Integral del Cantón Patate” (Convenio No. 0031-PDCC-08) suscrito el 13 de septiembre de 2008, entre el Gobierno Municipal del Cantón Patate y el Proyecto de Desarrollo del Corredor Central del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 1668 de 7 de abril del 2009, se crea al Instituto Nacional de Economía Popular y Solidaria, IEPS como entidad de derecho público, adscrito al Ministerio de Inclusión Económica y Social – MIES. El artículo 5 del citado Decreto dispuso:

“El Instituto Nacional de Economía Popular y Solidaria – IEPS, además de las funciones determinadas en el artículo 4 del presente decreto ejecutivo, tendrá a su cargo las asignadas a la Subsecretaría de Desarrollo Social, Dirección de Gestión y Desarrollo Comunitario, Dirección de Desarrollo Rural y Dirección Nacional de Cooperativas del Ministerio de Inclusión Económica y Social – MIES, Programa de Desarrollo rural Territorial – PRODER y Proyecto de Desarrollo del Corredor Central del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca...”.

En concordancia, la letra b) de la primera Disposición Transitoria del citado Decreto 1668 previó que: “Todos los derechos y obligaciones constantes en convenios, contratos u otros instrumentos jurídicos, nacionales o internacionales,

suscritos por la Subsecretaría de Desarrollo Social, Dirección de Gestión y Desarrollo Comunitario, Dirección de Desarrollo Rural y Dirección Nacional de Cooperativas del Ministerio de Inclusión Económica y Social – MIES, Programa de Desarrollo rural Territorial – PRODER y Proyecto de Desarrollo del Corredor Central del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, son asumidos por el Instituto Nacional de Economía Popular y Solidaria IEPS”.

El artículo 153 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria del Sistema Financiero, dispone que Instituto Nacional de Economía Popular y Solidaria “es una entidad de derecho público, adscrita al ministerio de Estado a cargo de la inclusión económica y social, con jurisdicción nacional, dotado de personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía técnica, administrativa y financiera que ejecuta la política pública, coordina, organiza y aplica de manera desconcentrada, los planes, programas y proyectos relacionados con los objetivos de esta Ley”.

La Disposición Transitoria Décima de la misma Ley Orgánica, previó que todos los derechos y obligaciones constantes en convenios, suscritos por la Dirección Nacional de Cooperativas, Consejo Cooperativo Nacional e Instituto Nacional de Economía Popular y Solidaria - IEPS, serán asumidos, previa la suscripción de las adendas respectivas, por el Instituto Nacional de Economía Popular y Solidaria que se crea en esta ley.

De las normas citadas se desprende que los derechos y obligaciones provenientes del Convenio Específico de Co-Financiamiento para la Ejecución del Subproyecto “Desarrollo Integral del Cantón Patate” (Convenio No. 0031-PDCC-08) suscrito el 13 de septiembre de 2008 con el Gobierno Municipal del Cantón Patate por el entonces Proyecto de Desarrollo del Corredor Central del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, corresponden al Instituto Nacional de Economía Popular y Solidaria - IEPS.

La Cláusula Primera “antecedentes” del Convenio de Cofinanciamiento al que se refiere la consulta expone que el Proyecto de Desarrollo del Corredor Central es ejecutado por el Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca (actualmente ejecutado por el Instituto Nacional de Economía Popular y Solidaria IEPS), y se financia mediante el Préstamo 650/EC concedido a la República del Ecuador por el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA), el aporte del Gobierno Nacional y las contribuciones de los participantes beneficiarios del Proyecto.

Añade la misma Cláusula de antecedentes que, el Proyecto propone mejorar las condiciones económicas y sociales de familias campesinas, pequeños productores y microempresarios.

Según la Cláusula Segunda, el objeto del Convenio es el siguiente: “cofinanciar la ejecución del proyecto “Desarrollo Integral del Cantón Patate”, orientado a promover el desarrollo integrado y sostenible del Cantón Patate, con énfasis en la población de bajos ingresos del sector rural, con equidad de género y preocupación medioambiental, a través de rubros productivos y servicios prioritarios determinados por los sectores sociales participantes. Elevar la capacidad de los beneficiarios para emprender actividades de diversificación económica a través de las cadenas productivas de turismo y de cuyes tomando en consideración las condiciones culturales y naturales del área”.

La Cláusula Tercera, determina que es obligación del Programa de Desarrollo del Corredor Central, “3.1.1. Co-financiar las actividades previstas del presente convenio... 3.1.4. Solicitar los informes técnicos y contables con la periodicidad que permita conocer el desarrollo del mismo”.

Por su parte, es obligación del GAD de Patate, según la Cláusula Tercera “3.2.1. ...cumplir con la ejecución de las contrapartes registradas en el presente convenio y utilizar los recursos eficiente y oportunamente para alcanzar los objetivos del subproyecto, objeto de este convenio”.

El plazo del Convenio, según la Cláusula Cuarta, fue estipulado en 24 meses contados desde la entrega del primer desembolso.

La Cláusula Sexta estipula la composición del financiamiento y prevé que, el GAD Municipal del Cantón Patate aporte con el 33,70% y el Programa de Desarrollo del Corredor Central del MAGAP con el 66,31% de dicho financiamiento; a cada parte corresponde efectuar cuatro desembolsos, conforme al siguiente detalle que consta en el numeral 6.1 de la citada Cláusula Sexta, respecto del financiamiento a cargo del PDCC:

Desembolso	Meses desde	Monto USD	Porcentaje
Primero	La firma del convenio	126.550,00	50%
Segundo	A los ocho meses	75.935,40	30%
Tercero	A los dieciséis meses	25.311,80	10%
Cuarto	Veinte y dos meses	25.311,80	10%
TOTAL		253.118,00	100%

La citada Cláusula Sexta, prevé que la entrega del segundo y tercer desembolso por parte del PDCC “se realizará previa la presentación del informe técnico y

económico”; y, el párrafo final de la misma Cláusula Sexta, estipula que: “Los plazos son estimados, en el evento de que se produjeran retardos o adelantos se deberán reprogramar el calendario de desembolsos, informes y justificativos”.

La Cláusula Décima Segunda del Convenio, determina las causas por las que el Programa de Desarrollo del Corredor Central (PDCC) lo podrá dar por terminado en forma anticipada; dichas causas son las siguientes:

“12.1 Incumplimiento injustificado de las actividades previstas en el cronograma de actividades.

12.2 Inobservancia en la aplicación de normas y procedimientos luego de haber sido detectadas y recomendados los cambios por parte del PDCC.

12.3 Uso indebido de los recursos, los valores que el PDCC haya entregado hasta ese momento se convertirán en fondos reembolsables que deberán ser cancelados por el Gobierno Municipal del cantón Patate al PDCC, quien se reserva el derecho de fijar los términos de devolución de estos recursos.

12.4 Cuando la terminación anticipada del convenio obedezca a las razones detalladas en el numeral anterior, el PDCC no considerará ninguna otra solicitud de financiamiento que pudiera provenir del Gobierno municipal del cantón Patate con la cual se llegó a adoptar tal medida.

12.5 Si por causas de fuerza mayor el PDCC y el Gobierno Municipal del cantón Patate determinaren la imposibilidad de continuar la ejecución del Convenio, las partes deberán definir la suspensión temporal o terminación anticipada del convenio. Si la decisión final fuera la terminación, se procederá a suscribir el Acta de Finiquito correspondiente. Los saldos no utilizados serán revertidos al PDCC.

12.6 De no existir acciones que induzcan a la terminación anticipada del Convenio, la relación contractual entre el PDCC y el Gobierno municipal del cantón Patate terminarán normalmente con la suscripción del Acta de Finiquito del convenio aceptada plenamente y a entera satisfacción por parte del PDCC”.

Finalmente, la Cláusula Décimo Tercera, prevé que el convenio “puede ser modificado o enmendado por acuerdo expreso y escrito entre las partes”.

De las estipulaciones contenidas en el Convenio Específico de Co-Financiamiento para la Ejecución del Subproyecto “Desarrollo Integral del Cantón Patate” suscrito el 13 de septiembre de 2008, entre el Gobierno Municipal del Cantón Patate

y el Proyecto de Desarrollo del Corredor Central del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca (PDCC) (actual Instituto Nacional de Economía Popular y Solidaria IEPS), se desprende que, tanto el PDCC como la Municipalidad adquirieron obligaciones de financiamiento del Proyecto de Desarrollo Integral del Cantón Patate.

Según se refiere en la Cláusula de antecedentes del referido Convenio, los recursos que constituyen el aporte del Programa de Desarrollo del Corredor Central (PDCC), provienen del Préstamo 650/EC concedido por el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola; y, su entrega se acordó efectuar en cuatro desembolsos, en los plazos estipulados en la Cláusula Sexta del Convenio, que según el párrafo final de la misma Cláusula son plazos estimados que pueden ser reprogramados.

El Adéndum al Convenio materia de consulta, cuya copia también ha sido remitida a pedido nuestro, fue suscrito por los representantes de la Municipalidad del Cantón Patate y del Instituto Nacional de Economía Popular y Solidaria (IEPS). En la Cláusula Primera “antecedentes” del referido Adéndum, se hace referencia al Decreto Ejecutivo No. 1668 de 07 de abril de 2009, que creó el Instituto Nacional de Economía Popular y Solidaria – IEPS, adscrito al Ministerio de Inclusión Económica y Social, que asume todas las competencias, atribuciones, funciones, representaciones y delegaciones del Proyecto de Desarrollo del Corredor Central del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, así como también todos los derechos y obligaciones constantes en convenios, contratos y otros instrumentos jurídicos nacionales o internacionales suscritos por esta Institución.

El Adéndum, cuya fecha de suscripción no consta en la copia que ha sido remitida a esta Entidad, según su Cláusula Cuarta rigió “desde el 04 de octubre de 2010 hasta el 04 de julio de 2011”.

La Cláusula Segunda del Adéndum amplía el plazo de ejecución del Convenio y modifica el cronograma de desembolsos conforme al siguiente detalle:

Aportes del IEPS-PDCC

Desembolsos	Meses desde	Monto USD	Porcentaje
Primero	La firma del convenio	126.550,00	50%
Segundo	ocho meses	75.935,40	30%
Tercero	Treinta meses	50.623,60	20%
TOTAL		253.118,00	100%

La Cláusula Tercera, prevé que los compromisos y obligaciones adquiridos por las partes en el convenio celebrado el 13 de septiembre de 2008, así como las demás estipulaciones constantes en el mencionado documento, se mantienen inalterables y en pleno vigor.

En consecuencia, atenta la declaración que las partes han efectuado en la Cláusula Tercera del Adéndum, de mantener inalterables las estipulaciones del convenio principal, se concluye que los plazos para efectuar los desembolsos, conservaron el carácter de “estimados” y por tanto los desembolsos pueden ser reprogramados, según lo prevé el párrafo final de la Cláusula Sexta del convenio principal que antes fue transcrita.

Entre los documentos que se han remitido en copia certificada a pedido nuestro, consta el oficio No. 505-A de 15 de junio de 2011, dirigido por el Alcalde de la Municipalidad de San Cristóbal de Patate al Coordinador Nacional de PDCC, en el que solicita gestionar un adéndum al convenio materia de consulta “en vista de que el convenio finaliza el día 04 de julio del 2011 y por circunstancias de fuerza mayor expuestas en el informe adjunto no se (ha) alcanzado el pleno cumplimiento de algunos resultados”.

Consta también la comunicación dirigida al Alcalde de Patate por el Coordinador del PDCC, de 9 de septiembre de 2011, por la que informa que para realizar el tercer desembolso del convenio solicita que: “los técnicos del Municipio emitan la respectiva solicitud acompañando los informes técnicos y financiero respectivamente, hasta finales del presente mes como plazo máximo”.

El Convenio Específico de Co-Financiamiento para la Ejecución del Subproyecto “Desarrollo Integral del Cantón Patate”, sobre el que trata su consulta, según su cláusula de antecedentes, se financia mediante préstamo 650/EC de 16 de marzo de 2007, concedido a la República del Ecuador por el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA), así como por aportes del Gobierno Nacional y contribuciones del beneficiario del proyecto, es decir de la Municipalidad del cantón Patate.

Por su parte, el convenio de préstamo suscrito por la República del Ecuador con el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola FIDA, fue instrumentado el 16 de marzo de 2007, según consta en la Cláusula Primera del Adéndum al Convenio de Cofinanciamiento materia de consulta, celebrado con posterioridad entre la Municipalidad consultante y el Proyecto de Desarrollo del Corredor Central (actual Instituto de Economía Popular y Solidaria, adscrito al Ministerio de Inclusión Económica y Social).

En consecuencia, el Convenio de Cofinanciamiento sobre el que trata su consulta, está sujeto a los términos acordados en el convenio de préstamo suscrito con el FIDA, del que provienen los recursos cuyo desembolso comprometió el Proyecto de Desarrollo del Corredor Central (actualmente asumido por el Instituto de Economía Popular y Solidaria) para ser destinados a la ejecución del subproyecto “Desarrollo Integral del Cantón Patate”.

En atención a los términos de su consulta, teniendo en cuenta que, de conformidad con el párrafo final de la Cláusula Sexta del Convenio Específico de Cofinanciamiento para la Ejecución del Subproyecto “Desarrollo Integral del Cantón Patate” (Convenio No. 0031-PDCC-08) suscrito el 13 de septiembre de 2008, entre el Gobierno Municipal del Cantón Patate y el Proyecto de Desarrollo del Corredor Central del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca (actual Instituto Nacional de Economía Popular y Solidaria IEPS), que estipula que: “Los plazos son estimados, en el evento de que se produjeran retardos o adelantos se deberán reprogramar el calendario de desembolsos, informes y justificativos”, se concluye que es jurídicamente procedente que las partes suscriban un nuevo adéndum que tenga por objeto ampliar el plazo de vigencia del convenio principal y reprogramar la fecha del desembolso pendiente, sobre la base de los respectivos informes técnicos.

La determinación de la conveniencia y oportunidad de efectuar la ampliación del plazo del convenio, para efectos de realizar el último desembolso estipulado en el Convenio materia de consulta, le corresponde al Instituto Nacional de Economía Popular y Solidaria, sobre la base de la evaluación de los informes técnicos que la Municipalidad del Cantón Patate hubiere presentado; y, siempre que no se hubiere configurado causal de terminación anticipada del convenio, estipuladas en la Cláusula Décima Segunda del Convenio.

OF. PGE. N°: 06680, de 29-02-2012

CONVENIO DE PAGO: CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN DE SANTO DOMINGO

CONSULTA:

“¿El GAD Municipal del Cantón Santo Domingo, a fin de cumplir el compromiso generado por la utilización de la propiedad ubicada en el Km. 32 de la vía Santo

Domingo-Quinindé, puede firmar un convenio de pago con el actual propietario considerando su calidad actual?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 66 y 323.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Art. 329 lit. f).

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Arts. 115, 117 num. 2 y 178.

Ley Orgánica de la Función Legislativa Art. 163 num. 7.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Art. 1, 59, 62 num. 2 y 63; y, 64 66, 110 y 111 de su Reglamento.

Código Civil Arts. 702 y 1463.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 05563 de 22 de diciembre de 2011, esta Entidad solicitó a usted la remisión del criterio jurídico del Procurador Síndico y copias certificadas de la documentación relacionada con la consulta, especialmente del contrato de arrendamiento del terreno al que ella alude.

Con oficio No. 05815 de 7 de enero de 2012, se insistió en el envío del criterio jurídico del Procurador Síndico Municipal, en virtud de que el memorando No. AJ-05001-2011 de 4 de agosto de 2011, adjunto al oficio inicial de consulta, no contiene un análisis jurídico de las normas y documentos que en él se mencionan.

El requerimiento de esta Procuraduría ha sido atendido mediante oficio No. GADMSD-OA-VZ-2012-029 de 17 de enero de 2012, ingresado el 18 de enero del presente año.

En el oficio inicial de consulta se expone que la Municipalidad del Cantón Santo Domingo, suscribió el 18 de abril de 2009, con la señora Blanca Hipatia Leonor Cabezas Albuja, un “contrato de servicios de arrendamiento de un predio” ubicado en el Km. 19 de la vía Santo Domingo-Quinindé, para ser destinado a la disposición final de desechos sólidos.

Según refiere la consulta, el contrato se celebró “para solucionar el problema de la emergencia sanitaria del cantón”; y, el canon de arrendamiento fue cancelado por adelantado con cargo a la partida denominada “servicios de aseo”.

Se agrega que, el plazo del contrato concluyó el 31 de diciembre del 2009 pero que “el GAD Municipal de Santo Domingo, ha continuado utilizando, para el

mismo objetivo, el referido predio ubicado en el Km. 19 de la vía Santo Domingo-Quinindé, y lo continúa haciendo hasta los actuales momentos, sin que se haya suscrito otro contrato”.

Añade la consulta que, el Dr. Fernando Vélez Cabezas, hijo de la arrendadora señora Blanca Hipatia Leonor Cabezas Albuja, mediante escrito dirigido a la Alcalde de esa Municipalidad y presentado el 21 de julio de 2011, manifiesta que tiene la calidad de propietario del predio, por haber adquirido los gananciales y los derechos y acciones del mismo de su madre y hermanas, mediante escritura registrada en enero del 2010; razón por la cual, solicita el pago del arriendo del inmueble de su propiedad.

De la copia certificada del “contrato de servicios de arrendamiento de terreno”, remitida a pedido nuestro, consta que la Municipalidad de Santo Domingo suscribió dicho contrato con la señora Blanca Hipatia Leonor Cabezas Albuja, el 18 de abril de 2009, quien en la Cláusula Primera “Comparecientes”, numeral 1.01 consta que interviene como arrendadora, mientras que la Municipalidad comparece como arrendataria.

En la Cláusula Segunda “Antecedentes”, el numeral 2.08 expresa: “La Sra. Blanca Hipatia Leonor Cabezas Albuja es propietaria de un inmueble rural ubicado en el Km. 19 de la vía Santo Domingo-Quinindé, margen derecho de 200 hectáreas aproximadamente. Cincuenta hectáreas con título de propiedad legalmente inscrito en el Registro de la Propiedad y 150 hectáreas en posesión por más de 30 años...”.

El objeto del contrato, según su Cláusula Quinta, fue estipulado en los siguientes términos:

“5.01.- El Arrendador se obliga para con la Entidad Contratante a prestar el servicio de arrendamiento de un terreno alternativo para la disposición final de los desechos sólidos, para solucionar el problema de la emergencia sanitaria del cantón...”.

“5.02.- El arrendatario se obliga a cumplir con las especificaciones técnicas constantes en los términos de referencia elaborados por la misma entidad contratante; además de la arborización del área del relleno y en residuales para mitigar el impacto ambiental”.

“5.03.- El arrendatario se obliga a la construcción del camino en doble sentido hasta el Río Blanco, debido al peso y alto flujo vehicular que deberá soportar la propiedad”.

El precio del contrato y la forma de pago, se pactaron en las Cláusulas Sexta y Séptima, respectivamente; en siete mil dólares mensuales, pagaderos el 100% a la suscripción del contrato.

La Cláusula Novena “Plazo”, estipula: “El plazo para la ejecución y entrega de la totalidad de los bienes, es del 15 de mayo al 31 de diciembre del 2009”; y, la Cláusula Décima, prevé la prórroga del plazo a pedido del arrendador, en los siguientes casos: “a) Por causa de fuerza mayor o caso fortuito aceptado como tal por la Contratante...; b) Por suspensiones ordenadas por el Arrendatario y que no se deban a causas imputables al arrendador”.

El informe del Procurador Síndico Municipal, contenido en memorando No. AJ-05001-2011 de 4 de agosto de 2011, expone que esa Municipalidad utiliza el predio objeto de arrendamiento “como vertedero a cielo abierto para depositar los desechos sólidos que se producen en la ciudad de Santo Domingo”.

Según refiere el oficio No. GADMSD-OA-VZ-2011-577 de 26 de agosto de 2011, el Dr. Fernando Vélez, actual propietario del predio, quien solicita el pago del arriendo, correspondiente a 19 meses de ocupación sin contrato, tiene la calidad de Asambleísta y además es cónyuge de la Dra. Eunice Arce Moncayo, Concejal de la Municipalidad de Santo Domingo.

En memorando No. AJ-04874-2011 de 26 de julio de 2011, el Procurador Síndico Municipal, manifiesta que: “desde el 1º de Abril del 2009, hasta el 15 de mayo del mismo año, el Dr. Fernando Vélez Cabezas, no tenía la calidad de propietario del predio, sino la señora Hipatia Cabezas Albuja, dueña de los gananciales y sus hijos en calidad de herederos”.

El citado informe invoca entre otras normas, el numeral 17 del artículo 66 de la Constitución de la República, que prescribe que: “Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso”; y, sobre dicha base concluye que: “en atención a que se trata de una obligación contraída por una tercera persona, como es la señora Blanca Cabezas Albuja y con anterioridad a los cargos que ostentan los cónyuges Fernando Vélez y Eunice Arce, esta Procuraduría Municipal, considera procedente la realización de un convenio de pago...”.

En atención a nuestro requerimiento, en el acápite 2 del oficio No. GADMSD-OA-VZ-2012-003 de 4 de enero de 2012, esa Municipalidad informa que existe una diligencia previa de inspección, solicitada por el Dr. Fernando Vélez Cabezas, cuyo conocimiento se ha radicado en el Juzgado Primero de lo Civil de Santo Domingo de los Tsáchilas.

Adjunto al oficio de la referencia, se ha acompañado copia certificada de la diligencia previa descrita en el párrafo precedente, de la que se desprende que tiene por objeto practicar una inspección judicial “con la finalidad de establecer cual es la realidad física del predio, así como la contaminación, y la destrucción de toda la plantación y el robo y desaparición de todos los árboles de madera, al igual que la contaminación y destrucción del suelo y del medio ambiente”.

Entre los documentos que han sido remitidos a pedido de este Organismo, consta copia certificada de los siguientes:

1. El pedido presentado por el Dr. Fernando Vélez Cabezas, dirigido a la Alcaldesa del Cantón Santo Domingo, y recibido en esa Municipalidad el 21 de julio de 2011, por el que solicita lo siguiente:

“a) El cese inmediato de la actividad de depositar los desechos sólidos del Cantón Santo Domingo y de la Concordia dentro de mi propiedad ubicada en el kilómetro 19 de la Vía Santo Domingo-Quinindé, margen derecho.

b) La salida ipso facto de la maquinaria, minadores, funcionarios municipales y cualquier otra u otro sujeto que implique intromisión municipal dentro de mi propiedad.

c) El pago del arriendo compuesto de mi propiedad por más de 19 meses sin contrato más sus respectivos intereses, puesto que ningún organismo del Estado puede enriquecerse a costa de un particular...

d) El pago del saldo pendiente de DIEZ MIL QUINIENTOS DÓLARES por concepto de arriendo de mi propiedad ubicada en el kilómetro 19 de la Vía Santo Domingo-Quinindé, margen derecho, de 45 días impagos desde el 1 de abril de 2009 hasta el 15 de mayo del mismo año”.

2. Memorando No. AJ-04874-2011 de 26 de julio de 2011, dirigido por el Procurador Síndico Municipal a la Coordinadora General, en cuyo acápite IV, manifiesta que: “es de conocimiento público que el señor Dr. Fernando Vélez Cabezas, se desempeña como Asambleísta por la Provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas, y de acuerdo a lo que dispone el numeral 7 del Art. 163 de la Ley

Orgánica de la Función Legislativa, los asambleístas no podrán celebrar contratos de ejecución de obra o de prestación de servicios con entidades del sector público; en igual situación se encuentra la cónyuge del mencionado asambleísta, Dra. Eunice Arce Moncayo, quien ostenta la calidad de concejal del GAD Municipal del Cantón Santo Domingo y al respecto, el Art. 329 literal f) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, al referirse a las prohibiciones a los miembros de los legislativos, declara que les está prohibido celebrar contratos con el sector público, por sí o por interpuesta persona natural o jurídica...”.

Concluye el citado informe que: “en aplicación del principio constitucional de que nadie será obligado a realizar un trabajo forzoso y en atención a que se trata de una obligación contraída por una tercera persona, como es la señora Blanca Cabezas Albuja y con anterioridad a los cargos que ostentan los cónyuges Fernando Vélez y Eunice Arce, esta Procuraduría Municipal, considera procedente la realización de un convenio de pago”.

3. Oficio No. GADMSD-OA-VZ-2011-667 de 10 de octubre de 2011, dirigido al Dr. Fernando Vélez Cabezas por la Alcaldesa de Santo Domingo, en el que manifiesta:

“En atención a los peticitorios de fechas 20 de julio del 2011 y 25 de julio del mismo año, que hacen relación a la cancelación de arriendo del terreno de su propiedad ubicado en el Km. 19 de la vía Santo Domingo – La Concordia, en donde el GAD Municipal de Santo Domingo, se encuentra depositando los desechos sólidos que se generan en el cantón, y en base a los informes de Procuraduría Municipal, expedidos según Memorandos No. AJ-04874-2011, de fecha Julio 26 del 2011 y No. AJ-05001, de fecha Agosto 04 del 2011, sírvase presentar la documentación original necesaria, (cédula de ciudadanía, papeleta de votación, escritura y certificado del registro de la propiedad, que justifique la titularidad de la propiedad), a fin de poder suscribir el correspondiente convenio de pago, por el tiempo que se ha ocupado el terreno sin contrato, como así lo sugieren los informes jurídicos; aclarando que, el referido convenio de pago tendrá que ser suscrito por usted y su cónyuge, por tener la calidad de propietarios, siendo de su exclusiva responsabilidad las repercusiones que se pudieren suscitar por la dignidad que ostentan en los actuales momentos...”.

4. Certificado de gravámenes otorgado el 14 de octubre de 2011, por el Registro de la Propiedad del Cantón Santo Domingo, en el que consta que el Dr. José Luis Fernando Vélez Cabezas, es titular de dominio del lote de terreno de cincuenta hectáreas, ubicado en el km. 19 de la vía Santo Domingo-Quinindé, margen

derecho, de ese Cantón, adquirido “b) Por compra de todos los derechos y acciones a la señora Blanca Hipatia Leonor Cabezas Albuja, viuda, por sus propios derechos, y a nombre y en representación de sus hijas las señoras Patricia Isabel Margarita, casada, María Cristina, divorciada, Susana Maritza Hipatia, casada, y Sandra Catalina Vélez Cabezas, casada; y las señoras Alicia Verónica, divorciada, y Blanca Sonia Josefina Vélez Cabezas, casada, mediante escritura pública celebrada el seis de abril del dos mil nueve, ante el Notario Dr. Edgar Pazmiño, inscrita el veinte y ocho de enero del dos mil diez”.

De los antecedentes y documentos citados se desprende que el contrato de “prestación de servicios de arrendamiento” del lote de terreno materia de consulta, fue suscrito por la Municipalidad del Cantón Santo Domingo en calidad de arrendataria, el 18 de abril de 2009, con la señora Blanca Hipatia Leonor Cabezas Albuja; y, que el plazo del contrato venció el 31 de diciembre de 2009, según la Cláusula Novena del referido contrato, pese a lo cual la Municipalidad de Santo Domingo, ha continuado utilizando el predio sin que se haya suscrito nuevo contrato, según consta en informe del Procurador Síndico Municipal, contenido en memorando No. AJ-05001-2011 de 4 de agosto de 2011.

Consta además que, el Dr. Fernando Vélez Cabezas, actual propietario del predio, e hijo de la señora Blanca Hipatia Leonor Cabezas Albuja, con quien suscribió el contrato la Municipalidad, ha adquirido la propiedad del referido terreno, mediante escritura otorgada el 6 de abril de 2009 ante el Notario Segundo del Cantón Santo Domingo, inscrita el 28 de enero de 2010 en el Registro de la Propiedad de ese cantón, según los datos consignados en el Certificado de Gravámenes otorgado el 14 de octubre de 2011, por el Registro de la Propiedad del Cantón Santo Domingo, cuya copia certificada se ha remitido.

De lo expuesto en los dos párrafos anteriores, se desprende que el Dr. Fernando Vélez Cabezas adquirió la propiedad del inmueble referido en su consulta, mediante escritura otorgada el 6 de abril de 2009, ante el Notario Segundo del Cantón Santo Domingo, inscrita en el Registro de la Propiedad de ese cantón, el 28 de enero de 2010, es decir, con posterioridad a la celebración del contrato de arrendamiento suscrito el 18 de abril de 2009 por la Municipalidad del Cantón Santo Domingo en calidad de arrendataria, con la señora Blanca Hipatia Leonor Cabezas Albuja como arrendadora, cuyo plazo venció el 31 de diciembre de 2009.

De conformidad con el artículo 702 del Código Civil, la tradición del dominio de bienes raíces se efectúa por la inscripción del título en el libro correspondiente del Registro de la Propiedad.

El arrendamiento de inmuebles, está incluido en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establecido por su artículo 1; y, según el artículo 59 *ibídem*, los contratos de arrendamiento tanto para el caso en que el Estado o una institución pública tengan la calidad de arrendadora como arrendataria se sujetará a las normas previstas en el Reglamento de esa Ley.

Por su parte, el artículo 64 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece el procedimiento que las entidades públicas contratantes deben observar para el arrendamiento de inmuebles, previendo que los pliegos que contengan las condiciones mínimas del inmueble requerido deben ser publicados en el portal compras públicas. El artículo 66 *ibídem*, determina que en todo lo no previsto en esa Sección, se aplicarán de manera supletoria y en lo que sea pertinente las normas del Código Civil.

Una vez vencido el plazo del contrato de arrendamiento del terreno sobre el que trata la consulta, la falta de celebración de nuevo contrato de arrendamiento del predio por parte de la Municipalidad, constituye una omisión del procedimiento reglado por los artículos 59 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 64 de su Reglamento.

Sin perjuicio de ello, en virtud de que en el acápite IV del memorando No. AJ-04874-2011 de 26 de julio de 2011, dirigido por el Procurador Síndico Municipal a la Coordinadora General, al que se hizo referencia en los antecedentes de este pronunciamiento, se ha manifestado que la Municipalidad ha continuado utilizando el inmueble, y que el Dr. Fernando Vélez Cabezas, su actual propietario (quien adquirió el bien mediante escritura otorgada el 6 de abril de 2009, ante el Notario Segundo del Cantón Santo Domingo, inscrita en el Registro de la Propiedad de ese cantón, el 28 de enero de 2010), tiene la calidad de Asambleísta por la Provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas y su cónyuge Dra. Eunice Arce Moncayo, ostenta la calidad de Concejal del GAD Municipal del Cantón Santo Domingo, es pertinente examinar las inhabilidades que impiden a los dignatarios y sus familiares celebrar contratos con el Estado y sus instituciones.

La inhabilidad establece un impedimento y por tanto quien incurre en ella tiene una incapacidad especial o particular para contratar, en los términos del inciso final del artículo 1463 del Código Civil, que la define como “la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos”.

Las inhabilidades generales y especiales que impiden celebrar contratos con las entidades del sector público, están establecidas en los artículos 62 y 63 de la

citada Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 110 y 111 de su Reglamento General.

El numeral 2 del artículo 62 de la citada Ley Orgánica, prescribe que no podrán celebrar los contratos previstos en esa Ley con las entidades contratantes: “2. El Presidente, el Vicepresidente de la República, los ministros y secretarios de Estado, el Director Ejecutivo y demás funcionarios del Instituto Nacional de Contratación Pública, los legisladores, los presidentes o representantes legales de las Entidades Contratantes previstas en esta Ley, los prefectos y alcaldes; así como los cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, de los dignatarios, funcionarios y servidores indicados en este numeral”.

En concordancia, el artículo 110 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece: “Conforme el texto del primer inciso del artículo 62 de la Ley, la inhabilidad prevista en el número 2 de dicha norma legal, en tratándose de los cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad se circunscribe a la entidad contratante en la que intervienen los dignatarios, funcionarios y servidores con los cuales existe el grado de consanguinidad o parentesco”.

Por otra parte, el Art. 111 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prescribe que a más de las inhabilidades previstas en el Art. 63 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no podrán celebrar contrato con la entidad contratante: “1.- Los cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de los consejeros provinciales, concejales municipales y vocales de las juntas parroquiales de su respectiva jurisdicción...”.

El numeral 7 del artículo 163 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, prohíbe a los asambleístas de: “7. Celebrar contratos de ejecución de obra o de prestación de servicios con entidades del sector público”. Añade la norma que “Quien incumpla alguna de estas prohibiciones perderá la calidad de asambleísta luego del trámite previsto a continuación, sin perjuicio de las demás responsabilidades civiles y penales a las que hubiere lugar”.

Para el caso de los concejales y su cónyuge o parientes, el artículo 329 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, les prohíbe: “f) Celebrar contratos con el sector público, por sí o por interpuesta persona natural o jurídica, salvo los casos expresamente autorizados en la ley”.

Los impedimentos para contratar que establecen las normas citadas, tienen por objeto evitar que el servidor, su cónyuge o sus familiares, obtengan ventajas o privilegios en el procedimiento de contratación, pues ello afectaría los principios de trato justo, igualdad y transparencia, determinados por el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Del análisis que precede se desprende que, tratándose de un Asambleísta y además cónyuge de una Concejal de la Municipalidad de Santo Domingo, las inhabilidades que establecen el numeral 7 del artículo 163 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa; el numeral 2 del artículo 62 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el artículo 110 de su Reglamento; la letra f) del artículo 329 del COOTAD y el numeral 1 del artículo 111 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se configurarían para el caso en que se hubieran suscrito o se fueran a suscribir contratos sujetos al ámbito de esa Ley.

En el presente caso, como antes se concluyó, una vez vencido el plazo del contrato de arrendamiento del terreno sobre el que trata la consulta, la falta de celebración de nuevo contrato de arrendamiento del predio por parte de la Municipalidad, observando el procedimiento reglado por los artículos 59 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 64 de su Reglamento, constituye una omisión de los servidores de esa Municipalidad.

El artículo 323 de la Constitución de la República, dispone que: “Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación.”.

El artículo 66 de la Constitución de la República, reconoce y garantiza a las personas: “...16. El derecho a la libertad de contratación....26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental...”

El numeral 2 del artículo 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, determina que: “La obligación se genera y produce afectación presupuestaria definitiva en los siguientes casos: ...2. Cuando se reciban de terceros obras, bienes o servicios adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido, haya habido o no compromiso previo”.

Del análisis jurídico que precede, en atención a los términos de su consulta se concluye que, en virtud de que la Constitución de la República prohíbe todo tipo de confiscación y garantiza el derecho a la propiedad y a la libertad de contratación, la ocupación del inmueble materia de consulta por parte de la Municipalidad, que según refiere la consulta se ha realizado sin que se hubiere instrumentado el respectivo contrato, genera obligación de pago. En consecuencia, al amparo de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, el convenio de pago es una vía jurídica para extinguir las obligaciones provenientes de la ocupación del inmueble de actual propiedad del Dr. Fernando Vélez, siempre que exista la correspondiente disponibilidad presupuestaria, en virtud de lo dispuesto en los artículos 115 y 178 del mismo Código Orgánico, y sin perjuicio de las responsabilidades que se deban determinar.

El pago deberá corresponder al período de efectiva ocupación del inmueble por parte de la Municipalidad, a partir de la adquisición de la propiedad por el actual dueño, mediante la inscripción del respectivo título en el Registro de la Propiedad, de conformidad con el artículo 702 del Código Civil.

Es pertinente advertir que el convenio de pago es una figura que se aplica por excepción, cuando por circunstancias ajenas a la voluntad o decisión de las autoridades competentes de la entidad, debidamente justificadas, no hubiere sido posible celebrar un contrato observando todas las formalidades previas, por lo que en lo posterior, la Municipalidad de Santo Domingo deberá adoptar las medidas pertinentes y observar los procedimientos previos, a fin de evitar que se reciban servicios sin el correspondiente respaldo contractual.

Son de exclusiva responsabilidad de los funcionarios de esa Municipalidad, los términos en que originalmente fue suscrito el contrato de arrendamiento del inmueble al que se refiere la consulta, su precio y demás condiciones contractuales.

Atenta la inhabilidad especial para celebrar contratos con el Estado, del actual propietario del predio, no es jurídicamente procedente que la Municipalidad suscriba nuevo contrato de arrendamiento del inmueble al que se refiere la consulta, pero tampoco procede que ese gobierno autónomo descentralizado siga ocupando el bien raíz y realizando el pago mediante la figura del convenio de pago.

El mecanismo que adopte la Municipalidad para el pago es de exclusiva responsabilidad de sus personeros, dejándose expresa constancia que el presente pronunciamiento no constituye orden ni autorización de pago.

Corresponde a la Auditoría Interna de la Entidad a su cargo, así como a la Contraloría General del Estado, determinar las eventuales responsabilidades de los funcionarios y servidores por las actuaciones y omisiones relacionadas con el tema que motiva su consulta.

OF. PGE. N°: 06194, de 31-01-2012

CORREOS: RESOLUCIÓN DE ENVIOS POSTALES REZAGADOS –CUSTODIA

ENTIDAD CONSULTANTE: AGENCIA NACIONAL POSTAL

CONSULTAS:

1.- “Si en las condiciones como se encuentra el procedimiento a la actualidad, procede que la Dirección Ejecutiva de la Agencia Nacional Postal, expida una resolución suficientemente motivada declarando aquellos envíos no distribuibles como rezagados, a fin de poder darles un destino final, de acuerdo a la categoría de los mismos; esto con el afán de velar por los derechos de los usuarios, cumpliendo con lo previsto en la norma aplicable para el efecto, ya sea donándolos o entregándolos a autoridad competente según sea el caso, logrando satisfacer a los beneficiarios de los mismos, pues es preocupación de la Institución continuar en custodia de aquellos envíos que por el lapso del tiempo se están deteriorando”.

2.-“Adicionalmente, la Agencia Nacional Postal ha considerado oportuno consultar si procede solicitar a la Contraloría General del Estado intervenir y realizar un examen especial al procedimiento efectuado con los envíos no distribuibles del operador postal, a fin de determinar responsabilidades administrativas a los funcionarios que actuaron durante el mismo”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 66 num. 21 y 233.

D. E. N° 1207 R.O. N° 391 29-07-2008 Arts. 1, 11 lit. f), 18, 20.

D.E. N° 8 R. O. N° 10 24-08-2009, Arts. 8 y 9.

Instructivo para el Tratamiento de Envíos Postales No Distribuibles y Rezagados Arts. 2, 9 y 10.

PRONUNCIAMIENTO:

La Procuraduría General del Estado, con el oficio No. 05636 de 27 de diciembre de 2011, e insistencia del oficio No. 05955 de 16 de enero de 2012, le requirió a usted enviar a este Organismo copia del criterio jurídico debidamente fundamentado de la Directora de Asesoría Jurídica de la Entidad a su cargo, así como reorientar los términos de su consulta respecto a la inteligencia o aplicación de una norma legal.

Con el oficio No. ANP-DE-2012-0006-OF de 6 de enero de 2012 ingresado en la misma fecha, usted adjuntó copia del criterio jurídico de la Directora de Asesoría Jurídica de la Agencia Nacional Postal; en tanto que con el oficio No. ANP-DE-2012-0032-OF de 27 de enero de 2012 ingresado en esta Procuraduría el 30 de enero del presente año, reformuló sus consultas respecto de la inteligencia o aplicación de una norma legal, conforme a mi requerimiento contenido en el oficio No. 05636 de 27 de diciembre de 2011, en los siguientes términos:

“Con los antecedentes expuestos, solicitamos a Usted Señor Procurador General, inteligencie a esta Entidad, si de conformidad con las facultades que le otorga el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 1207 y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1 del Acuerdo Ministerial 0135 de 01 de abril del 2011, emitido por el señor ingeniero Jaime Guerrero Ruiz Ministro de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información, publicado en el Registro Oficial No. 459 de 31 de mayo del 2011, como órgano de regulación del servicio postal, procede la emisión de una Resolución respecto de los envíos postales que actualmente se encuentren en su custodia, disponiendo realizar un último inventario para determinar el estado de éstos y se de cumplimiento a lo señalado en el último inciso del artículo 9 y el artículo 10 del Instructivo, todo ello con el fin de precautelar los derechos de los usuarios del servicio postal y sin perjuicio de las responsabilidades de los servidores que en su momento omitieron el cumplimiento del procedimiento previsto en el Instructivo para el Tratamiento de Envíos Postales No Distribuibles y Rezagados”.

En los antecedentes que constan en el primer oficio de consulta No. ANP-DE-2011-0598- OF de 21 de diciembre de 2011, usted manifiesta:

“De esta manera el procedimiento determinado por el Instructivo ya señalado fue inobservado por las autoridades de periodos anteriores y funcionarios de esta entidad, actuando de manera inapropiada en el caso particular; pues a lo largo del año 2010 y 2011 se han venido realizando inspecciones y nuevos inventarios de los envíos postales no distribuibles, llegando no sólo a la apertura y clasificación, sino también a la destrucción de aquellos que se enmarcaban en la categoría

respectiva, prevista en el instrumento predicho; todo esto sin mediar la resolución dictada por la máxima autoridad de la Agencia Nacional Postal, tal y como se menciona en el numeral inmediato anterior”.

La Directora de Asesoría Jurídica de la Agencia Nacional Postal, en el criterio jurídico anexo a su oficio No. ANP-DE-2012-0006-OF de 6 de enero de 2012, expresa:

“La Agencia Nacional Postal, al amparo de las funciones encomendadas, emitió el Instructivo para el Tratamiento de Envíos Postales No Distribuibles y Rezagados, mediante Resolución No. 035-DE-ANP- 2009, de 29 de diciembre de 2009, publicada en el Registro Oficial No. 159 de 26 de marzo de 2010; y cuyo objeto es “...regular el procedimiento para el tratamiento de envíos postales no distribuibles y rezagados, custodiados por los operadores postales”.

Señala el informe de la Directora de Asesoría Jurídica que:

“En el caso que nos ocupa, se evidencia que habiéndose inobservado el procedimiento consagrado en el Instructivo de Tratamiento de Envíos Postales No Distribuibles y Rezagados, y más aún habiendo la Dirección de Registro y Protección al Usuario omitido informar en el momento oportuno a la Dirección Ejecutiva sus actuaciones dentro del proceso seguido con el operador ya citado, se ha configurado lo determinado en la norma descrita, en vista de que por una actuación unilateral al amparo de la función administrativa, los funcionarios de la Agencia Nacional Postal encargados del tratamiento de los envíos rezagados de la compañía DHL Express S. A., procedieron a realizar la apertura dichos objetos postales, así como la destrucción de alguno de ellos”.

En otra parte de su informe, la Directora de Asesoría Jurídica de la Agencia Nacional Postal, señala:

“Dicha actividad que a su vez genera efectos directos o indirectos, únicamente puede ser impugnada por la persona que se considere afectada, en este caso, por el propio operador postal o por el usuario propietario de los envíos postales, lo cual hasta la fecha no ha ocurrido, ocasionando que este hecho administrativo se consume y por ende no sea susceptible de extinción, anulación o convalidación, por no estar así determinado en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva- ERJAFE – ”.

Concluye manifestando la Directora de Asesoría Jurídica en su informe lo siguiente:

“...es criterio de la Agencia Nacional Postal que, como una forma de orientar el sentido de aplicación de la norma constante en el Instructivo para el Tratamiento de Envíos Postales No Distribuibles y Rezagados, y sin perjuicio de las responsabilidades de quien ordenó la apertura, clasificación, destrucción de los envíos postales considerados por el operador postal como no distribuibles, esta entidad respecto de los envíos que actualmente se encuentran en su custodia, dicte la resolución respectiva mediante la cual se disponga dar cumplimiento a lo dispuesto por el último inciso del Art. 9 y Art. 10 del cuerpo legal antes mencionado, realizando un último inventario para determinar el estado de éstos, su clasificación y destino según la categoría en la que se encuentren, todo ello en pos de precautelar los derechos de los usuarios del servicio postal”.

La Constitución de la República en el Art. 66 numeral 21 reconoce y garantiza a las personas el derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual, que no podrá ser retenida, abierta ni examinada, excepto en los casos previstos en la ley, previa intervención judicial y con la obligación de guardar el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen. Agrega que este derecho protege cualquier otro tipo o forma de comunicación.

Mediante el Decreto Ejecutivo No. 1207 publicado en el Registro Oficial No. 391 de 29 de julio de 2008, se expidió el Reglamento de los Servicios Postales, reformado por el Decreto Ejecutivo No. 8, publicado en el Registro Oficial No. 10 de 24 de agosto de 2009, que en el Art. 8 prevé que corresponde al Estado la regulación y control de los servicios postales. El Art. 9 de este último Decreto Ejecutivo creó la Agencia Nacional Postal, como un órgano actualmente adscrito al Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, encargado de la supervisión de todos los servicios postales tanto públicos como privados, que contará con las atribuciones suficientes para el ejercicio de las funciones encomendadas por dicho Reglamento, se regirá por las normas del derecho público y será desconcentrado, de duración indefinida, con patrimonio propio, con independencia técnica, funcional, administrativa y financiera, con domicilio en la ciudad de Quito y jurisdicción nacional.

El Art. 11 del Reglamento citado, entre las funciones de la Agencia Nacional Postal le atribuye las siguientes:

“...f) Dictar resoluciones técnicas necesarias para el buen funcionamiento de los servicios que prestan los operadores postales”.

“g) Supervisar y controlar el cumplimiento del servicio postal universal y realizar un seguimiento de la prestación del mismo, así como supervisar el cumplimiento de las normas respectivas por parte del operador correspondiente”.

“h) Velar por la eficiencia de los servicios postales, garantizando la protección de los derechos de los usuarios, así como la libre competencia en el sector postal”.

El Art. 18 del Reglamento de los Servicios Postales prescribe que los envíos postales son inviolables, sin perjuicio de lo previsto en la Constitución y la ley, y que se entiende por violación de los envíos postales, su detención arbitraria e ilegal, su desvío doloso, su apertura, sustracción, destrucción, retención u ocultación, así como también el hecho de indagar o conocer su contenido sin llegar a abrirlos y en general, cualquier acto de infidelidad que rompa una honesta custodia.

Por su parte, el Art. 20 del Reglamento citado prevé que salvo los derechos reconocidos al remitente, los envíos postales sólo podrán ser retenidos, abiertos, interceptados y examinados, conforme a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal y demás leyes pertinentes.

La Agencia Nacional Postal, en ejercicio de sus facultades regulatorias del servicio postal, emitió la Resolución No. 035-ANP-DE-2009, publicada en el Registro Oficial No. 159 de 26 de marzo de 2010, mediante la cual se expidió el Instructivo para el Tratamiento de Envíos Postales No Distribuibles y Rezagados, que conforme el Art. 1 tiene por objeto regular el procedimiento para el tratamiento de envíos postales no distribuibles y rezagados, custodiados por los operadores postales cuya aplicación es obligatoria.

El Art. 2 prescribe que los envíos postales no distribuibles son los envíos que al haber cumplido con las etapas del proceso de distribución, no lograron ser entregados a sus destinatarios o a las personas autorizadas, según el tipo de servicio contratado por el remitente, que cumplan con la custodia, los plazos de conservación de los envíos y que se compruebe la imposibilidad de entrega.

Respecto de los envíos rezagados, el Art. 6 del Instructivo citado señala que son los envíos postales no distribuibles que por cualquier causa no fue posible entregar a su destinatario, ni ser devuelto a su remitente, que cumplieron con los plazos de custodia y conservación de cuarenta y cinco días de acuerdo a los informes remitidos por los operadores postales de la Agencia Nacional Postal, quien procederá a declararlos rezagados para dar el tratamiento final conforme al instructivo que se aprobará para el efecto.

El Instructivo para el Tratamiento de Envíos Postales No Distribuibles y Rezagados, en el Art. 9 referido al tratamiento final de los envíos postales rezagados, en el inciso final prescribe que la Agencia Nacional Postal, mediante la resolución que expida dicha Agencia, declarará a los envíos postales como rezagados, deci-

sión que se notificará a los operadores postales, indicando la fecha, hora y lugar en donde se procederá con el tratamiento final, establecido en el Art. 10 del Instructivo mencionado.

Por su parte, el Art. 10 del Instructivo en estudio referido a la apertura, clasificación y tratamiento del contenido de los envíos postales rezagados, dispone que los envíos internacionales en los cuales los operadores postales han cancelado los aranceles correspondientes y retirado el envío postal en representación del consignatario, y los envíos postales enmarcados en las categorías local, regional o nacional, el Operador Postal procederá a la apertura, clasificación y tratamiento de la correspondencia y/o paquetería en presencia del Inspector delegado por el Director Ejecutivo de la Agencia Nacional Postal que actuará en calidad de observador, de acuerdo a los siguientes criterios:

- 1) Objetos a ser destruidos;
- 2) Objetos para ser entregados a órdenes de la autoridad competente;
- 3) Objetos para donación;
- 4) Objetos a ser rematados o venta directa.

El Acuerdo No. 0135 expedido por el Ministro de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, publicado en el Registro Oficial No. 459 de 31 de mayo de 2011 en el Art. 1 confiere facultades y atribuciones que debe cumplir la Directora o Director Ejecutivo de la Agencia Nacional Postal, conforme las competencias establecidas para dicha Agencia en el Decreto Ejecutivo No.1207, publicado en el Registro Oficial No. 391 de 29 de julio de 2008, entre las que constan:

- a) Ejercer la representación legal, judicial y extrajudicial de la Agencia Nacional Postal;
- m) Dictar normas e instructivos operativos relacionados con el funcionamiento de la Agencia Nacional Postal;
- n) Elaborar y aprobar los proyectos de regulación necesarios para el adecuado desenvolvimiento del sector postal, los cuales deberán realizarse en coordinación con el Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información;
- o) Delegar el ejercicio de sus facultades a los funcionarios de la Agencia Nacional Postal, cuando la gestión administrativa así lo requiera, de conformidad con la ley;

r) Vigilar que el operador público y todos los operadores del sector postal en general, cumplan con las leyes, normas y más disposiciones vigentes en el Ecuador.

De conformidad con el Art. 66 numeral 21 de la Constitución de la República, se reconoce y garantiza a las personas el derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual, que no podrá ser retenida, abierta ni examinada, excepto en los casos previstos en la ley previa intervención judicial, y con la obligación de guardar el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen, derecho que protege cualquier otro tipo o forma de comunicación.

Por lo expuesto, con fundamento en los artículos 8, 9 y 11 letra f) del Reglamento de Servicios Postales, por los cuales corresponde al Estado a través de la Agencia Nacional Postal dictar resoluciones técnicas para el buen funcionamiento de los servicios que prestan los operadores postales, se concluye que es procedente que la Agencia Nacional Postal como órgano regulador del servicio postal, a través de su Director Ejecutivo, en ejercicio de las facultades que le otorga el artículo 1 letra n) del Acuerdo Ministerial No. 0135 de 1 de abril de 2011, emita una Resolución respecto de los envíos postales que actualmente se encuentren en su custodia, y cumplir con lo dispuesto en el inciso final del Art. 9 y Art. 10 del Instructivo para el Tratamiento de Envíos Postales No Distribuibles y Rezagados, publicado en el Registro Oficial No. 159 de 26 de marzo de 2010, cuyos textos quedaron citados.

De conformidad con lo previsto en el Art. 233 de la Constitución de la República ningún servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por sus omisiones.

Corresponde a la Auditoría Interna de la Entidad a su cargo, así como a la Contraloría General del Estado, determinar las eventuales responsabilidades de los funcionarios y servidores por las actuaciones y omisiones relacionadas con los envíos postales objeto de su consulta.

OF. PGE. N°: 06772, de 05-03-2012

CUANTÍA EN CONTRATOS: PROCEDIMIENTO DE MENOR CUANTÍA PARA LA CONTRATACIÓN DE OBRAS

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN DE SANTA ANA

CONSULTA:

¿Si para establecer el monto de la cuantía a que hace referencia el inciso segundo del punto 4 del art. 59 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, deben considerarse únicamente las contrataciones de menor cuantía, o el total de contrataciones de obras que refleje el contratista cualquiera sea su modalidad?

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Arts. 18, 51 num. 2, 52 y 69; y, 59 num. 4 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 05671 de 28 de diciembre de 2011 este Organismo solicitó a usted la remisión del criterio jurídico debidamente fundamentado del Procurador Síndico de esa Municipalidad, en virtud de que en memorando No. 231 DEBM-PS de 19 de diciembre de 2011, que se ha acompañado a la consulta, no contiene un análisis jurídico de las normas mencionadas.

Atenta la materia de la consulta, a fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficio No. 05672 de 28 de diciembre de 2011, esta Procuraduría solicitó al Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública, el criterio institucional de esa Entidad sobre el tema.

Los requerimientos de este Organismo han sido atendidos por la Municipalidad consultante, mediante oficio No. 005-FCZ-ASA de 5 de enero de 2012, recibido el 7 de los mismos mes y año; y, por el Instituto Nacional de Contratación Pública mediante oficio No. INCOP-2012-0095-OF de 13 de enero de 2012, suscrito por su Director Ejecutivo, ingresado el 25 de enero del presente año.

La consulta se refiere a las contrataciones de obras, que deben observar el procedimiento de menor cuantía, para cuyo efecto, el segundo inciso del numeral 4 del artículo 59 reformado del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sobre cuya aplicación trata la consulta, dispone:

“Art. 59.- Obras.- En los procesos de contratación de obras de menor cuantía, se verificará lo siguiente:

...4. ...Aquellos proveedores que a la fecha de la publicación del procedimiento mantuvieran vigentes contratos de construcción de obra pública cuyas cuantías individuales o acumuladas igualaren o superaren el coeficiente establecido en el numeral 2 del artículo 51 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no podrán participar en ningún procedimiento de menor cuantía de obras hasta la entrega recepción definitiva de el o los contratos vigentes. Si por efectos de la entrega recepción de uno o varios contratos el monto por ejecutar fuere inferior al coeficiente antes indicado, deberá ser invitado y podrá participar en los siguientes procedimientos de menor cuantía de obras...”

Por su parte, el artículo 51 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública al que se remite la norma reglamentaria citada en el párrafo anterior, regula las contrataciones de menor cuantía; y el numeral 2, prevé la aplicación de dicho procedimiento, para las “contrataciones de obras, cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000007 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico”.

De las normas citadas se desprende que éstas establecen una limitación para los proveedores, que les impide participar en nuevos procedimientos para la contratación de obras por menor cuantía, cuando mantuvieran vigentes contratos de ejecución de obra por cuantías iguales o superiores a la determinada para el procedimiento de menor cuantía.

El informe jurídico del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, contenido en memorando No. 001 JAQB-PS (E) de 4 de enero de 2012, manifiesta que mediante oficio circular No. INCOP-DE-2011-0007-C- de 7 de diciembre de 2011, ese Instituto ha informado a las entidades contratantes, que ha desarrollado un reporte informático para los proveedores adjudicados en los procesos de contratación de obras, a efectos de aplicar el Art. 59 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Copia del oficio circular No. INCOP-DE-2011-0007-C de 7 de diciembre de 2011 al que se refiere el informe del Procurador Síndico, ha sido remitido por la entidad consultante.

La circular del INCOP cita el inciso segundo del numeral 4 del artículo 59 reformado del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y sobre su base expone que:

“...el Instituto Nacional de Contratación Pública, ha desarrollado un reporte informático que está disponible en el portal www.compraspublicas.gob.ec, en la sección Herramientas, con el propósito de facilitar a las entidades contratantes y a los proveedores el cumplimiento de la mencionada disposición.

Con esta herramienta, los usuarios podrán obtener el listado detallado de todos los procesos de ejecución de obra que hubieren sido adjudicados a un proveedor a través del portal www.compraspublicas.gob.ec con el objeto de verificar el cumplimiento del artículo 59 del RGLOSNCPL...”

La misma circular agrega que:

“1. El reporte presenta para cada proveedor consultado, el listado de procesos relacionados con la ejecución de obra pública en los que consta como adjudicatario, siempre y cuando haya superado el límite establecido por los artículos 51 numeral 2 de la LOSNCP y 59 del RGLOSNCPL...”

2. El reporte corresponde a las adjudicaciones en todos los procesos de contratación bajo las modalidades de menor cuantía, cotización y licitación de obras...”

La circular establece el procedimiento que deben observar las entidades contratantes para efectos de calificar a los participantes en procesos de menor cuantía de obras, previendo que antes de calificar a los participantes deben obtener el reporte del portal y “2. Cuando el reporte presenta información que refleja que el proveedor consultado supera el monto límite establecido en los artículos 51 numeral 2 de la LOSNCP y 59 del RGLOSNCPL, no habilitará para el sorteo al proveedor...”.

El informe del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante expone que “...de los lineamientos establecidos para la contratación en los procesos de menor cuantía por el INCOP, fácilmente se puede establecer, que solo se trata de normar hasta cierto monto para poder contratar los proveedores en procesos de menor cuantía, mas no en los demás procesos de contratación como licitación, cotización, etc. que bien pueden participar sin ningún impedimento...”.

Concluye el informe que para establecer el monto de la cuantía a que hace referencia el inciso segundo del numeral 4 del artículo 59 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, “se deberán tomar en cuenta todas las contrataciones de obra realizadas bajo cualquiera de las modalidades establecidas en la Ley; exceptuando las adjudicaciones efectuadas en

los procedimientos de régimen especial o por emergencias ya que el reporte del sistema no las considera...”.

Por su parte, el Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública, en el oficio No. INCOP-2012-0095-OF de 13 de enero de 2012, al que se hizo referencia en los antecedentes de este pronunciamiento, manifiesta que ese Instituto publicó en el portal www.compraspublicas.gob.ec, la circular No. INCOP-DE-2011-007-C en donde se explica el procedimiento a seguir con respecto a las disposiciones del artículo 59 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación pública, así como las consideraciones que las Entidades Contratantes deben observar con relación al reporte de los proveedores adjudicados en los procesos de contratación de obras.

Y agrega: “En relación a su consulta le informo que en las consideraciones del numeral No 2 de la Circular antes mencionada indica: “El reporte corresponde a las adjudicaciones en todos los procesos de contratación bajo las modalidades de menor cuantía, cotización y licitación de obras”; es decir, dicho reporte considera a todas las modalidades de contratación de obras señaladas anteriormente”.

El contenido de la consulta exige considerar que las características del procedimiento de contratación por menor cuantía están determinadas por los artículos 18, 52 y 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

El artículo 18 de la citada Ley Orgánica establece una excepción a la regla general de que todo proveedor debe constar inscrito en el Registro Único de Proveedores (RUP) para intervenir en los procesos que regula esa ley. La excepción, aplicable respecto de los procedimientos de menor cuantía, admite que los oferentes no estén inscritos en el RUP, debiéndose efectuar la inscripción únicamente en forma previa a la suscripción de los contratos.

El procedimiento de contratación por menor cuantía, en el caso de obras, está limitado a aquellas obras cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000007 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, según el numeral 2 del artículo 51 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; se instrumentan con factura, según el artículo 69 *ibídem*; y, en el procedimiento de selección se debe dar preferencia a los profesionales, micro y pequeñas empresas calificados y domiciliados en el cantón en el que se ejecutará la obra objeto del contrato, según el artículo 52 *ibídem*.

De conformidad con el segundo inciso del numeral 4 del artículo 59 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública,

que fue transcrito en los antecedentes de este pronunciamiento, los proveedores interesados en participar en nuevos procedimientos para la contratación de obras por el sistema de menor cuantía, no deben mantener contratos vigentes de ejecución de obra, cuyas cuantías, en forma individual o sumadas, iguallen o superen el límite establecido por la ley para ese tipo de procedimiento, determinado por el numeral 2 del artículo 51 de la Ley Orgánica (valor que resulte de aplicar el coeficiente 0,000007 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico).

En consecuencia, el reporte informático desarrollado por el INCOP, al que se refiere la Circular No. INCOP-DE-2011-007-C de 7 de diciembre de 2011, debe considerar todos los contratos vigentes de los proveedores, cualquiera hubiere sido el procedimiento precontractual, pues la finalidad de dicho reporte es facilitar a las entidades contratantes, la verificación de que los proveedores interesados en participar en un procedimiento de menor cuantía para la ejecución de obras, no mantengan contratos cuyas cuantías individualmente consideradas o sumadas, excedan el valor máximo por el que pueden ser celebrados los contratos de menor cuantía, establecido por el citado numeral 2 del artículo 51 de la Ley de la materia.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, para establecer el monto de la cuantía a que hace referencia el inciso segundo del punto 4 del art. 59 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, aplicable en los procedimientos de menor cuantía para la contratación de obras, se deben considerar todas las contrataciones de obras que el respectivo contratista mantenga vigentes, cualquiera sea su modalidad.

OF. PGE. N°: 06521, de 17-02-2012

DEPÓSITOS JUDICIALES: IMPROCEDENCIA DE INVERSIONES TEMPORALES

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO DE LA JUDICATURA

CONSULTAS:

1. "A).- Los depósitos judiciales se consideran fondos públicos".

2. “B).- ¿Los depósitos judiciales efectuados por la Función Judicial en el Banco Central, y en el Banco Nacional de Fomento, pueden ser invertidos Directamente por el Consejo de la Judicatura?”.
3. “C).- El Pleno del Consejo de la Judicatura mediante Resolución puede reglamentar la inversión de depósitos judiciales determinando el porcentaje a ser invertido, destino, responsables, información y si los rendimientos que estos generen deberán ingresar a la cuenta de autogestión de la Función Judicial, como parte de su presupuesto?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 178, 226 y 299.

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

Ley Orgánica de Administración Financiera y Control Arts. 191 y 192.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Art. 76.

Código Orgánico de la Función Judicial Disps. Trans. Primera y Novena

Reglamento sobre Depósitos Judiciales Arts. 1 y 5.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. El artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado define los recursos públicos en los siguientes términos:

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

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

En concordancia el artículo 76 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas dispone:

“Art. 76.- Recursos Públicos.- Se entienden por recursos públicos los definidos en el Art. 3 de la Ley de la Contraloría General del Estado. Los anticipos

correspondientes a la contratación pública no pierden su calidad de recursos públicos, hasta el momento de ser devengados; la normativa aplicable a la gestión de dichos recursos será la que corresponde a las personas jurídicas de derecho privado, con excepción de lo dispuesto en el tercer inciso del artículo 299 de la Constitución de la República”.

La Enciclopedia Jurídica Omeba, respecto del depósito judicial, al tratar sobre la clasificación del depósito, señala lo siguiente: “Al efectuar el estudio de este contrato, en sus términos generales, hemos dicho que la clasificación más conocida y clásicamente aceptada por los diversos códigos que lo legislan es la que reconoce dos especies principales: 1º El depósito propiamente dicho, en especie o extrajudicial, y 2º El depósito judicial o secuestro”.

Añade la misma obra jurídica que: “El depositario judicial, entonces, como todo depositario, no tienen otro deber que el de guardar y restituir la cosa depositada -ya sea mueble, inmueble o valores-, cumpliendo todas las obligaciones que la ley de fondo impone, si bien adaptándose a las decisiones de la autoridad judicial que le ha conferido el cargo”.

Por su parte, el Dr. Juan Larrea Holguín, en la Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana, respecto del depósito expresa lo siguiente:

“En un sentido lato hay depósito siempre que una persona guarda una cosa que no es suya y la custodia para devolverla a quien se la confió. Jurídicamente se dan muchos casos de tenencia de una cosa ajena con obligación de entregarla, pero tal situación proviene de muy diversos títulos y comporta variadas obligaciones y responsabilidades... También se dan relaciones similares, provenientes no de contratos, sino de cuasi contratos, delitos, cuasi delitos y actos administrativos, como ciertas concesiones, o judiciales...”

Que, en el depósito, la entrega de la cosa no transfiere ni la propiedad ni la posesión, sino la mera tenencia, es cuestión claramente afirmada por la doctrina, la jurisprudencia y varios textos legales.

El depósito no es título translativo de dominio y ni siquiera traslada la posesión de la cosa, sino su mera tenencia...”.

De los textos doctrinarios antes señalados, se establece que el depósito en general y el depósito judicial en particular, constituye una mera tenencia del bien objeto del depósito y por lo tanto la Función Judicial no tiene la calidad de poseedor y menos aún de dueño de los depósitos judiciales.

Del artículo 76 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y 3 de la Ley de la Contraloría General del Estado, se establece que son 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.

El artículo 2116 del Código Civil define al depósito como “El contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie”. Añade la misma disposición que “la cosa depositada también se llama depósito”.

Los depósitos judiciales a los que se refiere su consulta, son particularmente regulados por el Reglamento sobre Depósitos Judiciales, que en su artículo 1 determina:

“Art. 1.- De los Depositarios Judiciales Oficiales.- Los valores en efectivo pertenecientes a los litigantes o a terceras personas deben depositarse en el Banco Central del Ecuador, Matriz o Sucursales; a falta de cuyas oficinas de depósito se realizará en el Banco Nacional de Fomento, Matriz o Sucursales. Donde no existan oficinas de estas instituciones los depósitos deberán efectuarse en cualquier banco privado del lugar, a elección del juez. Y solamente cuando no exista ningún banco podrán depositarse valores en personas particulares. Los depósitos deberán efectuarse siempre a órdenes del respectivo juez o tribunal”.

El artículo 5 del antes citado Reglamento, prevé que los secretarios de los Juzgados y Tribunales de Justicia, serán responsables de llevar un libro denominado “Depósitos Judiciales”, en el que se asentarán diariamente los depósitos que se efectúen en el orden en que se sucedan y los egresos ordenados mediante la respectiva providencia”.

Del análisis jurídico precedente, especialmente a partir de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, del artículo 76 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y del artículo 1 del Reglamento sobre Depósitos Judiciales, en atención a su consulta, se concluye que los depósitos judiciales en dinero, son valores que pertenecen a los litigantes, pero al ser entregados a la Función Judicial, que es una entidad pública, para efectos de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, se consideran recursos

públicos, mientras se encuentren en poder de la indicada Función del Estado y por lo tanto sujetos al control y supervisión del Órgano de Control del Estado.

2 y 3. Toda vez que su segunda y tercera consultas, se refieren a un mismo asunto, éstas serán analizadas de manera conjunta.

El artículo 178 la Constitución de la República, establece que “El Consejo de la Judicatura es el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial”.

El artículo 2 del Código Orgánico de la Función Judicial, prevé que dicho cuerpo legal regula lo siguiente:

“Art. 2.- AMBITO.- Este Código comprende la estructura de la Función Judicial; las atribuciones y deberes de sus órganos jurisdiccionales, administrativos, auxiliares y autónomos, establecidos en la Constitución y la ley; la jurisdicción y competencia de las juezas y jueces, y las relaciones con las servidoras y servidores de la Función Judicial y otros sujetos que intervienen en la administración de justicia”.

La Primera Disposición Transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial, promulgado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009, establecía la designación del Consejo de la Judicatura mediante concurso dirigido por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. La indicada Disposición fue derogada por el Anexo 4 del referéndum y consulta popular de 7 de mayo de 2011, que dispuso la conformación de un Consejo de la Judicatura de Transición, integrado por un representante de la Función Ejecutiva, uno de la Función Legislativa y otro de la Función de Transparencia y Control Social que ejercerán sus funciones por un lapso de dieciocho meses.

Como quedó señalado en los antecedentes del presente pronunciamiento, es criterio de la entidad consultante que al no existir una norma que expresamente permita la inversión de los depósitos judiciales, la Disposición Transitoria Novena del Código Orgánico de la Función Judicial, permite que el Consejo de la Judicatura expida un reglamento que viabilice tales inversiones y determine las directrices que deben observar las pretendidas inversiones.

La Disposición Transitoria Novena del Código Orgánico de la Función Judicial, prevé lo siguiente:

“NOVENA.- REGLAMENTOS DE FUNCIONAMIENTO.- Una vez posesionado el nuevo Consejo de la Judicatura designado a través de concurso dirigido por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, dictará los re-

glamentos a los que este Código se refiere y los que sean necesarios para su plena vigencia, en el plazo máximo de un año, salvo que este Código señale un plazo diferente. De ser necesario, también está facultado para reglamentar cualquier vacío, duda u oscuridad que surja en la aplicación de éste régimen transitorio”.

La norma antes citada permite reglamentar cualquier vacío, duda u oscuridad, exclusivamente en la aplicación del régimen transitorio, previsto en las Disposiciones Transitorias del Código Orgánico de la Función Judicial, de lo que se desprende que dicha norma no faculta al Consejo de la Judicatura de Transición a atribuirse competencias que no le han sido otorgadas por la Constitución o la ley.

Adicionalmente, cabe tener en cuenta que las actuaciones de la administración pública deben ajustarse al principio de legalidad consagrado en el artículo 226 de la Constitución de la República que establece que: “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”, y en el caso de consulta, no existe una previsión legal para que el Consejo de la Judicatura disponga las inversiones de los depósitos judiciales.

Por lo expuesto, en aplicación del principio de legalidad previsto en el artículo 226 de la Constitución de la República, en atención a su segunda consulta se concluye que los depósitos judiciales efectuados por la Función Judicial en el Banco Central, y en el Banco Nacional de Fomento, no pueden ser invertidos por el Consejo de la Judicatura, puesto que el Código Orgánico de la Función Judicial no ha previsto tales inversiones, como tampoco lo ha hecho del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que derogó a la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, que en sus artículos 191 y 192 permitía la inversión temporal de recursos de las entidades y organismos que no formaban parte del “Gobierno Nacional”. En consecuencia, en lo que atañe a su tercera consulta, el Pleno del Consejo de la Judicatura no puede reglamentar mediante Resolución la inversión de depósitos judiciales determinando el porcentaje a ser invertido, destino, responsables, información y si los rendimientos que estos generen deberán ingresar a la cuenta de autogestión de la Función Judicial, como parte de su presupuesto.

OF. PGE. N°: 08567, de 29-06-2012

DONACIÓN: TRASPASO Y COMODATO EN INSTITUCIONES DEL SECTOR PÚBLICO

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN LA TRONCAL

CONSULTAS:

1. “Es aplicable la norma del Artículo 57, inciso segundo del Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, para que el Concejo Cantonal de La Troncal, autorice la donación de los terrenos solicitados por otras instituciones del Sector Público, entre las cuales está la Dirección Provincial de Salud del Cañar, y la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado del Cantón la Troncal, EP?”.

2. “En caso de ser procedente la donación en aplicación de la norma del Artículo 57, inciso segundo del Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, para que el Concejo Cantonal de La Troncal pueda autorizar la donación, al tratarse de bienes de equipamiento comunal se podría realizar el cambio de categoría de bien de uso público a bien de uso privado, siempre y cuando el uso que le pretenda dar la Institución Pública donataria sea orientada a una función social o ambiental, esto en aplicación de la norma del Artículo 423 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización?”.

3. “En caso de no ser procedente la donación de cuerpos de terrenos a otras entidades del Sector Público en aplicación de lo dispuesto en el Artículo 57, inciso segundo del Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, es procedente que estas Instituciones como el caso de la Dirección Provincial de Salud del Cañar, realice la construcción del nuevo centro de salud urbano cantonal de La Troncal, en un terreno que es área de equipamiento comunal y que fuera otorgada en comodato no precario por parte del Concejo Cantonal de la Troncal?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 225 num. 2.

Constitución Política del Ecuador Art. 118 (derogada)

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 414, 415, 416, 417 lits. f) y g), 419, 423, 424, 435, 436 y 441.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Art. 58; y, 61 de su Reglamento.

Código Civil Arts. 691, 2077 y 2097.

Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Arts. 57 y 101.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. En el memorando No. 2012-054-AJM de 1 de febrero del 2012, el Procurador Síndico Municipal del Cantón La Troncal manifiesta que: “el Artículo 57 del Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de los Bienes del Sector Público, en su inciso segundo manifiesta: ‘cuando intervengan dos personas jurídicas distintas no habrá traspaso sino donación y, en este evento, existirá transferencia de dominio que se sujetará a las normas especiales de la donación’, por lo tanto, existe la norma de derecho público que permite realizar la donación de bienes muebles o inmuebles entre entidades del sector público. Es importante anotar para que se realice la donación en caso de bienes raíces o inmuebles la municipalidad deberá contar con bienes de dominio privado, es decir, de aquellos que no están destinados a la prestación directa de un servicio público conforme lo establecen las normas de los Artículos 419, 435 y siguientes del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Por último, el último inciso del Artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, también nos abre la posibilidad de realizar la donación de bienes inmuebles entre entidades del sector público”.

Concluye el Procurador Síndico Municipal del Cantón La Troncal expresando que: “si es factible la donación de bienes inmuebles privados de la Municipalidad a favor de otra institución del sector público”.

El inciso primero del artículo 414 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, prescribe que el patrimonio de los gobiernos autónomos descentralizados, está constituido por los bienes muebles e inmuebles que se determinen en la ley de creación, los que adquieran en el futuro a cualquier título, las herencias, legados y donaciones realizadas a su favor, así como, los recursos que provengan de los ingresos propios y de las asignaciones del presupuesto general del Estado.

El artículo 415 del referido Código Orgánico dispone que son bienes de los gobiernos autónomos descentralizados aquellos sobre los cuales ejercen su dominio y se dividen en bienes de dominio privado y bienes del dominio público; estos últimos subdivididos a su vez, en bienes de uso público y bienes afectados al servicio público.

De conformidad con el artículo 419 del COOTAD, constituyen bienes de dominio privado los que no están destinados a la prestación directa de un servicio

público, sino a la producción de recursos o bienes para la financiación de los servicios de los gobiernos autónomos descentralizados. Añade que, constituyen bienes del dominio privado: “a) Los inmuebles que no forman parte del dominio público”.

El artículo 436 del citado Código Orgánico prescribe que: “Los consejos, concejos o juntas, podrán acordar y autorizar la venta, permuta o hipoteca de los bienes inmuebles de uso privado, o la venta, trueque o prenda de los bienes muebles, con el voto de los dos terceros de los integrantes. Para la autorización se requerirá el avalúo comercial real considerando los precios de mercado.”

Nótese que la norma transcrita autoriza a los GADs la enajenación de inmuebles “de uso privado”, refiriéndose en consecuencia exclusivamente a los bienes que integran el dominio privado del respectivo gobierno autónomo y excluyendo a los bienes de dominio público que por su naturaleza son inalienables según el segundo inciso del artículo 416 del COOTAD, esto es intransferibles. Los bienes de uso público están fuera del comercio humano según lo prevé el artículo 417 del COOTAD, norma que en las letras b) y g) incluye en la categoría de bienes de uso público a los siguientes:

“b) Las plazas, parques y demás espacios destinados a la recreación u ornato público...”

g) Las casas comunales, canchas, mercados, escenarios deportivos, conchas acústicas y otros de análoga función de servicio comunitario”.

El inciso final del citado artículo 417 del COOTAD dispone que “Los bienes considerados en los literales f) y g) se incluirán en esta norma, siempre y cuando hayan sido parte del porcentaje que obligatoriamente deben dejar los urbanizadores en beneficio de la comunidad.”

El referido COOTAD, no contiene normativa que faculte a los gobiernos autónomos descentralizados a realizar donaciones de bienes inmuebles a favor de entidades del sector público; no obstante lo cual cabe considerar al respecto el artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que en su inciso final determina: “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”.

El artículo 61 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece que: “Para la transferencia de dominio de bienes inmuebles entre entidades del sector público que lleguen a un acuerdo para el efecto, se requerirá resolución motivada de las máximas autoridades”.

El Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, en el artículo 1 establece su ámbito de aplicación para la gestión de los bienes de propiedad de los organismos y entidades del sector público comprendidos en el artículo 118 de la Constitución Política de la República (actual artículo 225 de la Constitución de la República), entre los que se incluye en el numeral 2, a las entidades del Régimen Seccional Autónomo Descentralizado.

El artículo 101 del citado Reglamento determina que sus normas “se aplicarán supletoriamente para los bienes de las municipalidades, de sus empresas y de los consejos provinciales y sus empresas, en cuanto no se opongan a las leyes orgánicas de Régimen Municipal y Provincial respectivamente”. (Actual Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización)

En este sentido, cabe aplicar el artículo 57 del mencionado Reglamento Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, el cual refiere el traspaso de bienes en los siguientes términos:

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

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

La donación es un título translaticio de dominio, según el artículo 691 del Código Civil, que antecede al modo tradición, según la misma norma; en consecuencia, quien dona transfiere el dominio por tradición al donatario, por lo que el objeto sobre el que recae la donación debe ser enajenable.

No pueden ser enajenados los bienes inalienables, que los define la Enciclopedia Jurídica OMEBA, como “los que se hallan fuera del comercio de los hombres por prohibición de la ley, por disposición de última voluntad o por acuerdo entre vivos”.

En el caso de bienes municipales, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización distingue los bienes de uso público, que son los que su artículo 417 define y que se encuentran fuera del comercio, los bienes afectados al servicio público y los bienes de dominio privado, que son los que pueden ser objeto de enajenación.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta que el inciso final del artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública contempla la procedencia de realizar donaciones de bienes inmuebles entre entidades del sector público; y, el inciso segundo del artículo 57 del Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público determina que cuando intervengan en la transferencia de bienes dos personas jurídicas distintas no habrá traspaso de bienes sino donación, se concluye que es procedente que el Gobierno Municipal Autónomo del Cantón La Troncal done terrenos de dominio privado a otras instituciones del sector público, como son la Dirección Provincial de Salud del Cañar y la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado del Cantón La Troncal EP. referidos en su consulta.

En virtud de que, la donación es un título translaticio de dominio, según el artículo 691 del Código Civil, los inmuebles que la Municipalidad puede donar, son aquellos que pertenecen a su dominio privado, no así los de dominio y uso público por estar fuera del comercio humano, según el segundo inciso del artículo 417 del COOTAD.

La conveniencia de la donación de los terrenos municipales de dominio privado en favor de otras instituciones del sector público será de exclusiva responsabilidad del Gobierno Municipal consultante.

En similares términos me pronuncié en oficios Nos. 02320, 04036, 04545 y 05231, de 15 de junio, 3 de octubre, 28 de octubre y 29 de noviembre de 2011, en su orden, ante consultas formuladas por los Gobiernos Autónomos Descentralizados de los cantones Sucre, Pangua, Babahoyo y Zamora.

2. En el memorando No. 2012-054-AJM de 1 de febrero de 2012, el Procurador Síndico Municipal del Cantón La Troncal manifiesta que, “La norma del Artículo 423 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentrali-

zación, nos abre la posibilidad de cambiar de categoría los bienes de uso público a bienes de uso privado excepcionalmente, por lo que considero procedente el cambio de categoría en caso de presentarse el particular referido”.

En su oficio manifiesta que el Director Provincial de Salud del Cañar solicitó a la Municipalidad del Cantón La Troncal, la donación de un área de terreno de la cabida de 3.780 metros cuadrados, con la finalidad de iniciar los trabajos para la construcción del nuevo Centro de Salud Urbano Cantonal; y que el Director de Planificación de esa Municipalidad, mediante Memorando No. 2011-398-DPM de 4 de octubre de 2011 manifiesta que el área solicitada es un área comunal.

Efectivamente, en el memorando No. 2011-398-DPM antes referido, el Director de Planificación del Municipio del Cantón La Troncal señala expresamente lo siguiente: “De acuerdo a los Planos de la Lotización, corresponde a un área Comunal. Es de propiedad municipal y no se encuentra afectado”.

Por otra parte, en el oficio No. 045-GG-EAPA-2010 de 9 de noviembre de 2010 anexado a su consulta, el Gerente de la Empresa Pública Municipio de Agua Potable y Alcantarillado de La Troncal, EMAPAT EP., remite la propuesta del Directorio de dicha Empresa al Municipio de La Troncal en la que solicita la donación del terreno para la construcción del edificio de EMAPAT EP, señalando que el terreno “es área verde de la Ciudadela Buena Esperanza (aprobada por el municipio), con un área de 1995.36m con vía de acceso desde la Av. 25 de Agosto, como referencia adicional: es área verde más cercana a la ciudadela Los Regantes”.

Respecto del inmueble referido en el párrafo anterior, en el Memorando No. 459-DPM-010 de 9 de diciembre de 2010, suscrito por el Director de Planificación del Municipio de La Troncal, se señala lo siguiente: “Predio de propiedad municipal. No se encuentra afectado. De acuerdo a los planos de la urbanización corresponde a un área verde”.

El artículo 417 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización determina cuáles son los bienes de uso público y los define como aquellos cuyo uso por los particulares es directo y general, en forma gratuita. Añade la norma, que pueden ser también materia de utilización exclusiva y temporal, mediante el pago de una regalía.

La letra b) del citado artículo 417 del COOTAD, incluye en la categoría de bienes de uso público a los parques y demás espacios destinados a la recreación u ornato público (áreas verdes), así como a las casas comunales, canchas, mercados, escenarios deportivos, conchas acústicas y otros de análoga función de “servicio

comunitario" (áreas de equipamiento comunal), que según el inciso final de esa norma, hubieren sido parte del porcentaje que obligatoriamente deben dejar los urbanizadores en beneficio de la comunidad.

El artículo 418 del COOTAD prevé que son bienes afectados al servicio público aquellos que "se han adscrito administrativamente a un servicio público de competencia del gobierno autónomo descentralizado o que se han adquirido o construido para tal efecto". La citada norma incluye en esa categoría de bienes afectados al servicio público, a los edificios y activos fijos y circulantes destinados a servicios públicos de competencia del GAD, así como obras de infraestructura realizadas bajo el suelo.

De las normas citadas se desprende que, las áreas verdes y comunales son bienes de dominio y uso público, en los términos del artículo 417 del COOTAD.

Por su parte, con respecto a los bienes de dominio privado, el artículo 419 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, prescribe que constituyen bienes de dominio privado los que no están destinados a la prestación directa de un servicio público, sino a la producción de recursos o bienes para la financiación de los servicios de los gobiernos autónomos descentralizados. Agrega, que constituyen bienes del dominio privado, entre otros: "a) Los inmuebles que no forman parte del dominio público".

El artículo 423 del COOTAD dispone que los bienes de cualquiera de las categorías establecidas en este Código, pueden pasar a otra de las mismas, previa resolución del órgano de legislación del gobierno autónomo descentralizado con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. Agrega que: "Los bienes de dominio público de uso público podrán pasar a la categoría de adscritos al servicio público, y solo excepcionalmente a la categoría de bienes de dominio privado, salvo las quebradas con sus taludes y franjas de protección, los esteros y los ríos con sus lechos y sus zonas de remanso y protección, parques, canchas, zonas de reserva e instalaciones que se encuentren al servicio directo de la comunidad".

El artículo 424 del COOTAD, "Porcentaje del área verde fraccionada" determina que: "En toda urbanización y fraccionamiento del suelo, se entregará a la municipalidad, mínimo el diez por ciento y máximo el veinte por ciento calculado del área útil del terreno urbanizado o fraccionado, en calidad de áreas verdes y comunales. Tales bienes de dominio y uso públicos no podrán ser cambiados de categoría...".

De los artículos 423 y 424 del COOTAD se desprende que, en forma excepcional, los bienes de dominio público pueden cambiar de categoría; sin embargo, las dos normas son concordantes al prohibir el cambio de categoría de los parques, áreas verdes y comunales, que son bienes de dominio y uso público.

Del memorando No. 2011-398-DPM de 4 de octubre de 2011, suscrito por el Director de Planificación, antes citado se establece que, el terreno cuya donación ha solicitado el Director Provincial de Salud de Cañar, corresponde al área comunal de una lotización; y, según el memorando 459-DPM-010 de 9 de diciembre de 2010, también suscrito por el Director de Planificación, se establece que el inmueble requerido por el Gerente de EMAPAT-EP, corresponde a áreas verdes de la Urbanización “La Buena Esperanza II”, es decir se trata de bienes de uso público, cuyo cambio de categoría está prohibida por el artículo 424 del COOTAD, previamente citado.

Los inmuebles que constituyen áreas verdes y equipamiento comunal, a los que se refiere la consulta, al ser bienes de dominio y uso público, destinados al uso de la comunidad en forma directa (en los términos del artículo 417 del COOTAD) son inalienables, esto es intransferibles, por estar fuera del mercado según los artículos 416 y 417 del COOTAD. En consecuencia, conforme quedó establecido al atender su primera consulta, no son susceptibles de donación aún cuando la institución que ha requerido dicha transferencia de dominio pretenda destinarlos a una función social o ambiental; y, en virtud de que las áreas verdes y comunales son bienes de dominio y uso público, su cambio de categoría está prohibido por el artículo 424 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

Este pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de las normas legales, mas no a la procedencia de categorizar o recategorizar bienes de propiedad municipal, decisiones que deben ser adoptadas bajo exclusiva responsabilidad del Concejo Municipal de La Troncal.

3. En el memorando No. 2012-054-AJM de 1 de febrero de 2012, el Procurador Síndico Municipal del Cantón La Troncal expresa que, “De conformidad con lo dispuesto en los Artículos 441 y 460 inciso tercero del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en relación con lo prescrito en el Artículo 2077 y siguientes del Código Civil, es factible entregar en comodato no precario o préstamo de uso un bien raíz de equipamiento comunal para que el Ministerio de Salud a través de la Dirección Provincial de Salud del Cañar ejecute dicha obra, aclarando también que se podría donar dicho bien una vez cambiado de categoría en caso de que así lo solicite la Institución de Salud”.

Al absolver la primera consulta concluí que conforme a los artículos 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 57 del Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, es procedente que el Gobierno Municipal Autónomo del Cantón La Troncal done terrenos de su dominio privado a las instituciones del sector público.

El artículo 441 del COOTAD trata sobre el comodato. Dicha norma está ubicada dentro de la Sección Quinta del Capítulo VIII, Título VIII del COOTAD, “Reglas Especiales Relativas a los Bienes de Dominio Privado”, y dispone: “Para el comodato de bienes de los gobiernos autónomos descentralizados se observarán, en lo que fuere aplicable, las reglas relativas al comodato establecidas en el Libro IV del Código Civil, con excepción de aquellas que prevén indemnizaciones a favor del comodatario por la mala condición o calidad del bien prestado”.

El tratadista Luis Claro Solar, respecto de los bienes de dominio privado del Estado señala lo siguiente: “Sometidos así al derecho común, los bienes que forman el dominio privado del Estado se diferencian de los bienes que constituyen su dominio público en que son comerciables, por los mismo enajenables, y prescriptibles”.

El artículo 2077 del Código Civil, citado por el Procurador Síndico Municipal de La Troncal, establece que: “El Comodato o préstamo de uso es 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. Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa”.

El Código Civil en el artículo 2097 señala que el comodato es precario cuando el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada en cualquier tiempo. Adicionalmente, el artículo 2098 del mismo Código prevé que se entiende precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular, ni se fija el tiempo para su restitución o cuando sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño, se tiene una cosa ajena. En todos los demás casos se entiende que el comodato no es precario.

Al absolver la segunda consulta manifesté que, conforme al artículo 424 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización las áreas verdes y comunales son bienes de dominio y uso públicos que no pueden ser cambiados de categoría, por lo que atento su carácter de inalienables están fuera del comercio humano, según los artículos 416 y 417 del COOTAD, lo que no les hace susceptibles de donación aún cuando la institución que ha requerido

la transferencia de dominio pretenda destinar dichos bienes a una función social o ambiental.

En cuanto se refiere al comodato, si bien se trata de un título de mera tenencia, el COOTAD lo limita respecto de bienes de dominio privado, ya que como quedó anotado, el artículo 441 del COOTAD, referido al comodato, forma parte de la Sección Quinta del Capítulo VIII, Título VIII de ese Código Orgánico, que establece las “Reglas Especiales Relativas a los Bienes de Dominio Privado”.

Por lo expuesto, al ser las áreas comunales bienes de dominio y uso público según la letra g) y el inciso final del artículo 417 del COOTAD, cuyo cambio de categoría está prohibida por el artículo 424 del mismo Código, al tratarse de áreas que han sido parte del porcentaje que obligatoriamente deben dejar los urbanizadores para beneficio de la comunidad, se concluye que no es procedente que el Gobierno Municipal Autónomo del Cantón La Troncal, entregue en comodato a la Dirección Provincial de Salud del Cañar, un terreno que constituye área de equipamiento comunal, para que en él se realice la construcción del nuevo centro de salud urbano cantonal de La Troncal.

OF. PGE. N°: 07303, de 5-04-2012

DONACIÓN DE COMBUSTIBLES Y LUBRICANTES PARA LA MOVILIZACIÓN DE LA COMUNIDAD ESTUDIANTIL

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN PUTUMAYO

CONSULTA:

“¿El Gobierno Autónomo del Cantón Putumayo de acuerdo con el proyecto de la Dirección de DIDESEA el Departamento Socio Cultural, denominado ‘Programa de Apoyo al Fortalecimiento de la Educación para los Centros Educativos del cantón Putumayo’, en el que se demuestra de forma fehaciente la realidad de la comunidad estudiantil que tiene que viajar mediante vía fluvial para llegar a los diferentes centros de estudio, procede donar combustible y lubricantes para las escuelas de las riveras de los dos ríos existentes en el Cantón Putumayo para su movilización?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 26, 27, 28, 55 lit. g) y 264 num. 7.
Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización
Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Art. 115.
Ley Orgánica de Educación Intercultural Arts. 2, 5, 22 y 36 lits. f), g) y h).

PRONUNCIAMIENTO:

Del contenido del oficio No. 008-S-GMCP-2012 de 6 de enero de 2012, se desprende que su petición va encaminada a la reconsideración del pronunciamiento emitido por esta Procuraduría en oficio No. 5550 de 21 de diciembre de 2011, con motivo de la consulta formulada por usted en oficio s/n de 9 de noviembre de 2011.

De manera previa, mediante oficio No. 5981 de 17 de enero de 2012, esta Procuraduría le solicitó remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado por el Procurador Síndico de la Entidad Edilicia que usted representa respecto del objeto de su consulta; y adicionalmente, enviar copia certificada del Proyecto denominado “Programa de Apoyo al fortalecimiento de la educación para los centros educativos del Cantón Putumayo”, y toda la documentación relacionada con su pedido de reconsideración. En respuesta, en oficio PS-GMCP No. 004-2012 de 2 de febrero de 2012, ingresado a esta Procuraduría en la misma fecha, el Procurador Síndico del Municipio de Putumayo remite el criterio jurídico, así como copia certificada del “Programa de Apoyo al fortalecimiento de la Educación para los Centros Educativos del cantón Putumayo 2011-2012-2013 y 2014”.

En el oficio No. 008-S-GMCP-2012 de 6 de enero de 2012, usted manifiesta que la Municipalidad ha desarrollado un proyecto a través de la Dirección de DIDESEA, denominado “Programa de Apoyo al Fortalecimiento de la Educación para los Centros Educativos del Cantón Putumayo”, que tiene como finalidad fortalecer la educación de los niños y los jóvenes que carecen de recursos para movilizarse y que la única forma en el cordón fronterizo “es mediante bote a motor por cuanto la realidad vial del cantón y su geografía no permite tener vías de acceso sino únicamente el acceso es vía fluvial”.

En el oficio GLP-SP No. 073-2011 de 9 de enero de 2012, el Procurador Síndico Municipal de Putumayo expresa que en el programa de ayuda a la educación de la niñez y juventud putumayense, se beneficiarían alrededor de cuatro mil niños y adolescentes que están cursando sus estudios y viven en las riveras de los ríos especialmente del río San Miguel, y que para trasladarse a los centros de formación educativa tienen que utilizar transporte fluvial, “por lo que el Municipio ha

visto la necesidad de apoyar a estos niños y jóvenes a que puedan trasladarse a estudiar con botes de madera y combustible”.

En el oficio PS-GMCP No. 004-2012 de 2 de febrero de 2012, el Procurador Síndico del Municipio de Putumayo hace referencia a los artículos 26, 27 y 28 de la Constitución de la República, relacionados con el derecho a la educación de las personas, y expresa: “Si la Constitución (Política) del Ecuador nos ampara en estos artículos citados que la educación es una prioridad, es un derecho que tienen todos los habitantes del Ecuador, a la preparación de la educación gratuita en las escuelas y colegios en los niveles básicos”.

Menciona el Procurador Síndico el artículo 264 numeral 7 de la Constitución de la República, relacionado con la competencia exclusiva de los gobiernos municipales para planificar, construir y mantener la infraestructura física y los equipamiento de salud y educación, y manifiesta que “Para atender a estos centros educativos, y así ayudar a este sector de niños y jóvenes sectores muy vulnerables de nuestro país el Gobierno Municipal del Cantón Putumayo se ha acogido a la palabra ‘equipar’ para proceder a implementar el transporte fluvial a los niños y jóvenes del sector”.

Concluye el Procurador Síndico expresando lo siguiente: “A lo manifestado es criterio de la Procuraduría Síndica del Cantón Putumayo que se puede llevar adelante el proyecto de Apoyo al fortalecimiento de la educación para los centros educativos del Cantón Putumayo 2011 al 2014”.

En el pronunciamiento de esta Procuraduría contenido en el oficio No. 05550 de 21 de diciembre de 2011 que motiva su reconsideración, se analizó entre otras disposiciones, los artículos 264 numeral 7 de la Constitución de la República y 55 letra g) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, los cuales confieren competencias exclusivas a los gobiernos municipales para planificar, construir y mantener la infraestructura física y los equipamientos de salud y educación.

En dicho pronunciamiento se hizo referencia a los artículos 22 y 36 letras f), g) y h) de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, los cuales confieren competencias exclusivas a la Autoridad Educativa Nacional para proveer recursos educativos y de manera concurrente con los gobiernos autónomos municipales; responsabilizando a estos últimos, para construir la infraestructura educativa y apoyar la provisión de sistemas de acceso a tecnologías de la información y comunicaciones.

Con fundamento en lo expuesto, esta Procuraduría se pronunció en el sentido de que “la Municipalidad de Putumayo puede donar, previa resolución del concejo, pupitres, mesas para comedores escolares, anaqueles, escritorios materiales didácticos a las escuelas y centros educativos públicos de dicho Cantón, siempre que cuente con los recursos económicos para tal efecto y con la respectiva certificación presupuestaria conforme lo prescribe el Art. 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, no siendo procedente donar implementos de aseo, insumos para eliminar malezas, combustibles y lubricantes”.

Cabe resaltar que, en su consulta inicial formulada en oficio s/n de 9 de noviembre de 2011, no se adjuntó copia del proyecto denominado “Programa de Apoyo al fortalecimiento de la educación para los centros educativos del Cantón Putumayo”, ni tampoco se especificó que los combustibles y lubricantes que donaría el Municipio de Putumayo, se utilizarían en el transporte de los estudiantes que viven a orillas de los ríos de la zona; motivo por el cual, el pronunciamiento emitido por esta Procuraduría en oficio No. 5550 de 21 de diciembre de 2011, no fundamentó su análisis con relación al mencionado proyecto.

Con estos antecedentes, atiendo su pedido de reconsideración en los siguientes términos:

De la copia del Proyecto remitido a solicitud de esta Procuraduría denominado “Programa de Apoyo al fortalecimiento de la educación para los centros educativos del Cantón Putumayo 2011-2012-2013 y 2014”, se contempla en el Componente No. 4 lo siguiente:

“5.- PROPÓSITO “FORTELECIMIENTO DE LA MOVILIZACIÓN DE LOS ESTUDIANTES DE LAS ESCUELAS DE LAS RIBERAS DE LOS RÍOS SAN MIGUEL, PUTUMAYO Y CUYABENO.

Un nuevo modelo de gobernabilidad

Tomando en cuenta la realidad de la situación social y económica de la población de Putumayo; esta administración asume el reto de enfrentar estos problemas sociales, para lo cual dentro de una de sus prioridades de apoyo y trabajo, está el fortalecimiento del área educativa, en este caso a las escuelas hispanas y bilingües de las riberas de los ríos San Miguel, Putumayo y Cuyabeno; las cuales en muchos casos tiene una deserción escolar muy alta, debido a los altos costos que tienen que cubrir sus padres, para que los estudiantes se movilicen a los centros educativos....

7.- DECISIÓN POLÍTICA DEL GOBIERNO MUNICIPAL, ASIGNACIÓN DE RECURSOS PARA APOYAR LA MOVILIZACIÓN ESCOLAR EN LOS RÍOS PUTUMAYO, SAN MIGUEL Y CUYABENO.

La decisión política de aprobar el apoyo en la entrega de combustible y lubricantes para la transportación de los estudiantes de los 32 establecimientos educativos de las riberas de los ríos San Miguel, Putumayo y Cuyabeno, por parte de las autoridades de ésta administración, se concreta en la asignación de recursos para ejecutar esta iniciativa. Así mismo, como parte de esta decisión se responsabiliza a la Dirección de Desarrollo Social, Económico y Ambiental 'DIDEESEA', dentro de la cual se encuentran las Jefaturas: Socio Cultural y Nacionalidades indígenas, quienes realizarán el respectivo seguimiento, evaluación e informe de los resultados alcanzados.

8.- DEFINICIÓN DE LA METODOLOGÍA DE DISTRIBUCIÓN DE COMBUSTIBLE Y LUBRICANTES PARA LOS RECORRIDOS DE TRANSPORTE ESCOLAR EN LAS RIBERAS DE LOS RÍOS SAN MIGUEL, PUTUMAYO Y CUYABENO.

Se decidió distribuir el combustible por Escuela, la cantidad será de acuerdo a la distancia que tiene que recorrer cada profesor recogiendo a sus alumnos, cuya distancia de recorrido en la mañana como en la tarde ya se lo calculó para cada una de las 32 escuelas, trabajo realizado por el jefe del área Socio Cultural, además cada profesor tendrá que llenar y entregar en Recursos Humanos del Gobierno Local Putumayense, una hoja de recorrido diario y la cantidad de combustible utilizado, adjunto al mismo alguna observación si la hubiese, con este documento justificativo bien sustentado se podrá retirar la nueva orden para recibir el combustible para el otro mes de recorrido ...

Además se debe dejar muy claro que este recurso económico entregado en combustible y lubricantes, está enfocado a actividades solo de recorrido estudiantil, al comprobarse que se lo ha estado utilizando en otras actividades ajenas a lo programado, se sancionará a la escuela no entregándole combustible por dos meses, gastos que tendrán que asumir el responsable del manejo del motor y los padres de familia".

En el numeral 20 del Compite No. 4 del referido Proyecto, consta el financiamiento del combustible y lubricantes para el año 2011 – 2012, con el cual se beneficiarán 524 alumnos distribuidos en 20 escuelas bilingües y 12 escuelas hispanas.

El artículo 26 de la Constitución de la República establece que la educación es un derecho de las personas a lo largo de su vida y un deber ineludible e inexcusable del Estado. Agrega que “Constituye un área prioritaria de la política pública y de la inversión estatal, garantía de la igualdad e inclusión social y condición indispensable para el buen vivir. Las personas, las familias y la sociedad tienen del derecho y la responsabilidad de participar en el proceso educativo”.

El inciso segundo del artículo 27 de la citada Constitución prescribe que la educación es indispensable para el conocimiento, el ejercicio de los derechos y la construcción de un país soberano, y constituye un eje estratégico para el desarrollo nacional.

El inciso primero del artículo 28 de la indicada Constitución determina que la educación responderá al interés público y no al servido de intereses individuales y corporativos. Agrega que: “Se garantizará el acceso universal, permanencia, movilidad y egreso sin discriminación alguna y la obligatoriedad en el nivel inicial, básico y bachillerato o su equivalente”.

La Ley Orgánica de Educación Intercultural en el artículo 2 prescribe que la actividad educativa se desarrolla atendiendo a los siguientes principios generales que son los fundamentos filosóficos, conceptuales y constitucionales que sustentan, definen y rigen las decisiones y actividades en el ámbito educativo: “...hh. Acceso y permanencia.- Se garantiza el derecho a la educación en cualquier etapa o ciclo de la vida de las personas, así como su acceso, permanencia, movilidad y egreso sin discriminación alguna”.

El inciso primero del artículo 5 de la referida Ley Orgánica dispone que el Estado “tiene la obligación ineludible e inexcusable de garantizar el derecho a la educación, a los habitantes del territorio ecuatoriano y su acceso universal a lo largo de la vida, para lo cual generará las condiciones que garanticen la igualdad de oportunidades para acceder, permanecer, movilizarse y egresar de los servicios educativos”.

De los citados artículos 26, 27 y 28 de la Constitución de la República y los artículos 2 letra hh) y 5 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, se establece que la educación es un derecho de las personas, un deber ineludible e inexcusable del Estado y eje estratégico para el desarrollo nacional, con igualdad de oportunidades para acceder, permanecer, movilizarse y egresar de los servicios educativos.

En cuanto a los recursos educativos, el artículo 20 de la citada Ley Orgánica establece que la asignación y distribución de los recursos destinados a la educación combina y articula los principios constitucionales de equidad social, poblacional y territorial. Agrega que: “Se tomarán medidas que favorezcan a segmentos sociales “que están en situación de abandono o riesgo, para compensar las desigualdades derivadas de factores económicos, geográficos, sociales o de cualquier otra índole”.

De conformidad con el artículo 22 de la indicada Ley Orgánica de Educación Intercultural, la competencia sobre la provisión de recursos educativos la ejerce de manera exclusiva la Autoridad Educativa Nacional (Ministro/a de Educación) y de manera concurrente con los distritos metropolitanos y los gobiernos autónomos municipales y parroquiales.

En consecuencia de lo expuesto, se ratifica el pronunciamiento contenido en el oficio No. 05550 de 21 de diciembre de 2011, en el siguiente sentido: “la Municipalidad de Putumayo puede donar, previa resolución del Concejo, pupitres, mesas para comedores escolares, anaqueles, escritorios, materiales didácticos a escuelas y centros educativos públicos de dicho Cantón, siempre que cuente con los recursos económicos para tal efecto y con la respectiva certificación presupuestaria conforme lo prescribe el Art. 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, no siendo procedente donar implementos de aseo e insumos para eliminar malezas”.

Adicionalmente, ya que con posterioridad al pronunciamiento antes mencionado se remitió a esta Procuraduría la copia del Proyecto denominado “Programa de Apoyo al fortalecimiento de la educación para los centros educativos del Cantón Putumayo 2011-2012-2013 y 2014”, adjunto a su oficio PS-GMCP No. 004-2012 de 2 de febrero de 2012 y que en dicho Proyecto se contempla la asignación de recursos del Gobierno Municipal de Putumayo para apoyar la movilización escolar en los ríos Putumayo, San Miguel y Cuyabeno, se reconsidera el referido pronunciamiento en el sentido de que el Gobierno Municipal de Putumayo puede donar además combustible y lubricantes a las escuelas públicas existentes en las riveras de los ríos del referido Cantón Putumayo para la movilización de sus estudiantes, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, que prevé que la asignación y distribución de recursos educativos deberá tomar en cuenta medidas que favorezca a segmentos sociales en situación de abandono o riesgo, para compensar desigualdades derivadas de factores económicos, geográficos, sociales o de cualquier otra índole.

Será de responsabilidad del Gobierno Municipal de Putumayo, que el combustible y lubricantes que done a las escuelas de las riveras de los ríos existentes en el Cantón Putumayo, sean utilizados exclusivamente para la transportación de los estudiantes de dichas entidades educativas.

OF. PGE. N°: 06644, de 27-02-2012

DONACIONES: RECURSOS PÚBLICOS PARA DIFUSIÓN CULTURAL Y ACTIVIDADES DEPORTIVAS

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN CASCALES

CONSULTA:

“¿Faculta la Constitución y la ley a destinar recursos del GAD municipal de Cascales, previamente asignados en el presupuesto institucional, a efecto de auspiciar, fomentar y difundir las diversas formas de manifestación cultural del Cantón, así como en actividades deportivas y de recreación para la población, conforme el cronograma de actividades detalladas en el oficio No. 003 DDS, de fecha 10 de enero del 2012, suscrito por el Prof. Wilfrido Rojas, en su calidad de Jefe de Desarrollo Social del GAD Municipal de Cascales, adjunto al presente?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 22, 23, 24 y 264 num. 8.
Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 4 lit. e), 54 lit. q), 55 lit. h), 60 lit. f), 144 y 165.
Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Arts. 115 y 178.
Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado Art. 3.
Ley del Deporte, Educación Física y Recreación Arts. 90 y 92.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 06530 de 17 de febrero de 2012, esta Entidad solicitó a usted la remisión del informe del Procurador Síndico de esa Municipalidad, de conformidad con el segundo inciso del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Dicho requerimiento ha sido atendido con oficio No. 130-GADM-C.A.2012 de 14 de marzo de 2012, ingresado el 16 de marzo del presente año.

A la consulta se ha acompañado el oficio No. 003/DDS de 10 de enero de 2012 dirigido por el Jefe de Desarrollo Social al Alcalde de la Municipalidad de Cascales, en el que se detallan las actividades que ese GAD pretende realizar en el área cultural, y que incluyen entre otras que cito como ejemplo: “Encuentros deportivos, música, danza, exposiciones, artesanías, platos típicos...” para cuya realización el GAD requiere efectuar gastos correspondientes a: “transporte, sonido y artistas de las nacionalidades, refrigerios, material de publicidad y difusión”.

El informe del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante cita entre otras normas los artículos 22, 23 y 24 de la Constitución de la República que establecen los derechos a la cultura y su ejercicio en espacios públicos, así como el derecho a la recreación y esparcimiento y a la práctica de deportes.

En cuanto se refiere a las competencias de las municipalidades, el Procurador Síndico invoca el numeral 8 del artículo 264 de la Constitución de la República que les confiere a los GADs municipales atribución para construir espacios públicos y para preservar, mantener y difundir el patrimonio cultural del respectivo cantón, así como la letra q) del artículo 54 del COOTAD que les asigna competencia para promover y patrocinar las culturas, las artes, actividades deportivas y recreativas en beneficio de la colectividad del cantón.

El informe del Procurador Síndico cita además los artículos 90 y 92 de la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación, que establecen como obligación de todos los niveles del Estado, programar, planificar, ejecutar e incentivar las prácticas deportivas y recreativas, así como el impulso de programas para fomentar actividades deportivas, físicas y recreativas; y, los artículos 1 y 44 de la Ley de Cultura que establece el sistema institucional de la cultura ecuatoriana. Sobre dicha base, el informe concluye que:

“... es pertinente el destinar recursos públicos del GAD Municipal de Cascales para eventos culturales, deportivos de esparcimiento y recreativos, siempre que se encuentren debidamente estructurados en un proyecto y previamente programados y financiados dentro del Presupuesto Institucional, conforme a las normativas contenidas en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.”

La letra e) del artículo 4 del Código de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) establece que son fines de los gobiernos autónomos descentralizados: “e) La protección y promoción de la diversidad cultural y el respeto a sus espacios de generación e intercambio; la recuperación, preservación y desarrollo de la memoria social y el patrimonio cultural”.

La letra q) del artículo 54 del COOTAD, asigna a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, atribución para “promover y patrocinar las culturas, las artes, actividades deportivas y recreativas en beneficio de la colectividad del cantón”.

En concordancia, la letra h) del artículo 55 *ibídem*, establece como competencia exclusiva del gobierno autónomo descentralizado municipal, “h) Preservar, mantener y difundir el patrimonio arquitectónico, cultural y natural del cantón y construir los espacios públicos para estos fines”.

Al efecto, la letra f) del artículo 60 del COOTAD, asigna al Alcalde atribución para dirigir la elaboración del plan cantonal de desarrollo y el de ordenamiento territorial, en concordancia con el plan nacional de desarrollo y los planes de los gobiernos autónomos descentralizados, en el marco de la plurinacionalidad, interculturalidad y respeto a la diversidad, con la participación ciudadana y de otros actores del sector público y la sociedad; para lo cual presidirá las sesiones del consejo cantonal de planificación y promoverá la constitución de las instancias de participación ciudadana establecidas en la Constitución y la ley;

Con respecto a la preservación y difusión del patrimonio cultural, el artículo 144 del COOTAD prevé que se trata de una competencia de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, circunscrita a: “formular, aprobar, ejecutar y evaluar los planes, programas y proyectos destinados a la preservación, mantenimiento y difusión del patrimonio arquitectónico, cultural y natural, de su circunscripción y construir los espacios públicos para estos fines.”

La misma norma prescribe que: “la difusión procurará la propagación permanente en la sociedad de los valores que representa.”

El artículo 165 del citado COOTAD, dispone que los recursos económicos transferidos, generados y recaudados por los gobiernos autónomos descentralizados son recursos públicos; y, el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, define a los recursos públicos en los siguientes términos:

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

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

Por otra parte, el artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, prescribe que ninguna entidad u organismo público podrá contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contratar obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria, cuya omisión acarrea las sanciones previstas en el artículo 178 del Código citado.

De las normas citadas se desprende que la promoción de la cultura, el arte y las actividades recreativas en beneficio de la colectividad del cantón, es competencia de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, de conformidad con los artículos 4 letra e), 54 letra q) y 144 del COOTAD, que en materia de preservación y difusión del patrimonio cultural, asigna a las Municipalidades atribución para formular, aprobar, ejecutar y evaluar los planes, programas y proyectos destinados a la preservación, mantenimiento y difusión del patrimonio cultural de su circunscripción.

Para ello, compete al Alcalde, dirigir la elaboración del plan cantonal de desarrollo y el de ordenamiento territorial, en concordancia con el plan nacional de desarrollo y los planes de los gobiernos autónomos descentralizados, en el marco de la plurinacionalidad, interculturalidad y respeto a la diversidad, con la participación ciudadana y de otros actores del sector público y la sociedad, según la letra f) del artículo 60 ibídem.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, el gobierno autónomo descentralizado municipal tiene competencia para auspiciar, fomentar y difundir las diversas formas de manifestación cultural del Cantón, así como actividades deportivas y de recreación para la población, de conformidad con los artículos 4 letra e), 54 letra q) e inciso segundo del artículo 144 del COOTAD.

Para efectos de comprometer recursos públicos en el desarrollo de las actividades de fomento y difusión cultural, la Municipalidad deberá observar las disposiciones del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, cuyos artículos 115 y 178 prohíben y sancionan contraer compromisos, celebrar contratos, autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria.

El contenido de las actividades de fomento y difusión cultural que la Municipalidad consultante resuelva auspiciar y promover, es de exclusiva responsabilidad de los personeros de esa entidad.

OF. PGE. N°: 07252, de 2-04-2012

EMPRESAS PÚBLICAS: COMPAÑÍAS DE ECONOMÍA MIXTA –TRANSFERENCIA DE ACCIONES

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN LOJA

CONSULTAS:

1. “¿Los tres organismos del Estado como son I. Municipio de Loja, el Gobierno Provincial de Loja y el Ministerio de Industrias y Productividad, pueden o deben formar esta empresa pública?”
2. “¿Si dos de los tres accionistas como son: Gobierno Provincial de Loja y el Ministerio de Industrias y Productividad deben vender sus respectivas acciones, para que sea solamente el Municipio de Loja accionista mayoritario quien conforme esta empresa pública?”
3. “¿Qué alternativa puede existir para la creación de la empresa pública del Parque Industrial de Loja?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 225.
Ley Orgánica de Empresas Públicas Art. 5 num. 2 y Disp. Trans. Segunda.
Ley de Compañías Art. 308.

PRONUNCIAMIENTO:

En atención a nuestro requerimiento, el Superintendente de Compañías Subrogante, en oficio No. SC.IJ.DJC.Q.11.167.27581 de 27 de octubre de 2011, ha remitido la información societaria requerida por esta Procuraduría mediante oficio No. 04264 de 14 de octubre de 2011, respecto de la empresa Parque Industrial de Loja CEM.

En el oficio de la referencia, el Superintendente de Compañías, Subrogante, informa que Parque Industrial de Loja Compañía de Economía Mixta, fue constituida ante el Notario Primero del Cantón Loja el 17 de junio de 1981 e inscrita en el Registro Mercantil a cargo del Registrador de la Propiedad del mismo Cantón, el 3 de agosto de 1981. Añade que: “De acuerdo con sus estatutos sociales, la compañía tiene vigencia hasta el 03 de agosto de 2021 y su situación legal actual es ACTIVA”; y, que la nómina inicial de accionistas fue la siguiente:

“- I. Municipio de Loja	s/ 150.000,00
- Subcomisión Ecuatoriana PREDESUR	s/ 300.000,00
-Centro de Desarrollo Industrial del Ecuador-CENDES	s/ 150.000,00
-Cámara de Pequeños Industriales de Loja	s/ 50.000,00

Total de capital suscrito: SEISCIENTOS CINCUENTA MIL SUCRES”.

En la letra b) subnumeral i. del oficio de la referencia, el Superintendente de Compañías, Subrogante, agrega que: “Posteriormente, la Cámara de Pequeños Industriales de Loja transfiere su paquete accionario a CENDES, totalizando esta última entidad pública una participación accionaria de 200.000 sucres, lo que desnaturalizó a la compañía de economía mixta en razón de que su capital social pasó a estar conformado únicamente por entidades públicas sin participación del capital privado, debiendo transformarse en sociedad anónima con accionistas del sector público, proceso que no se ha cumplido”.

Es pertinente considerar, que el Centro de Desarrollo Industrial del Ecuador -CENDES- era una Institución perteneciente al Gobierno Central, creada por Decreto Ejecutivo No. 26 de 12 de julio de 1962, publicado en el Registro Oficial No. 207 de 14 de julio de 1962. Mediante Decreto Supremo No. 1321, publicado en el Registro Oficial No. 318 de 19 de abril de 1977, se publica su Ley y con Decreto Supremo No. 2419, publicado en el Registro Oficial No. 572 de 24 de abril de 1978, se le concede autonomía administrativa y financiera. CENDES se suprimió mediante Decreto Ejecutivo No. 2943, publicado en el Registro Oficial No. 757 de 11 de agosto de 1995, y sus activos pasivos, derechos y obligaciones se transfirieron al entonces denominado Ministerio de Industrias, Comercio, Integración y Pesca (actual Ministerio de Industrias y Productividad).

En los subnumerales ii, iii y iv del oficio suscrito por el Superintendente de Compañías, Subrogante, se expone que la compañía Parque Industrial de Loja CEM aumentó su capital social y reformó sus estatutos sociales en tres ocasiones: por escritura pública de 15 de diciembre de 1987 otorgada ante el Notario Segundo del Cantón Loja, aprobada por el Intendente de Compañías de Cuenca con Reso-

lución No. 88-3-1-1-048 de 7 de marzo de 1988, inscrita en el Registro Mercantil de Loja el 11 de marzo de 1988; por escritura pública de 9 de febrero de 2000, otorgada ante el Notario Cuarto del Cantón Loja, aprobada por Resolución No. 00-C-DIC-102 de 21 de febrero de 2000, inscrita el 16 de marzo de 2000; y, por escritura pública de 10 de diciembre de 2001, otorgada en la Notaría Cuarta del Cantón Loja, aprobada con Resolución No. 02-C-DIC-131 de 22 de febrero de 2002, inscrita en el Registro Mercantil de Loja el 8 de marzo de 2002.

Agrega el Superintendente de Compañías que: “En virtud de este último acto societario el capital social queda fijado en la suma de CIENTO SESENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE DÓLARES (USD 169.589,00) dividido en 169.589 acciones ordinarias y nominativas de un dólar de valor nominal cada una”. Y, añade que: “La nómina de accionistas en aquel momento fue:

- H. Consejo Provincial de Loja	USD	371,00
- MICIP	USD	21.349,00
- I. Municipio de Loja	USD	116.713,00
		(por pagar34.208,37)
- Subcomisión Ecuatoriana PREDESUR	USD	31.156,00”.

En el subnumeral v del oficio en referencia, el Superintendente de Compañías, Subrogante, manifiesta:

“v. Por aplicación del Convenio de Transferencia de Competencias, Bienes, Obligaciones, Derechos, Atribuciones, Funciones, Responsabilidades, Materiales, Equipos e Inmuebles de la Subcomisión Ecuatoriana de la Comisión Mixta Ecuatoriana Peruana para el Aprovechamiento de las Cuencas Hidrográficas Binacionales Puyango-Tumbes y Catamayo Chira- PREDESUR- al Ilustre Municipio del cantón Loja, celebrado en la ciudad de Loja el 28 de diciembre del 2009, la Directoria Ejecutiva y representante legal de PREDESUR endosó, con fecha 08 de julio de 2010, a favor del Ilustre Municipio de Loja el Título No. 004 emitido por la compañía PARQUE INDUSTRIAL DE LOJA COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA por un valor nominal de 31.156 dólares, representativo de igual número de acciones. Por el Municipio suscribieron la transferencia el señor Alcalde del cantón Loja y la Procuradora Síndica Municipal (E)”.

En la letra c) del oficio No. SC.IJ. DJC.Q.11.167.27581 de 27 de octubre de 2011, el Superintendente de Compañías, Subrogante, expone que la nómina de accionistas de la compañía Parque Industrial de Loja Compañía de Economía Mixta,

cuya última actualización en el Registro de Sociedades de ese Organismo de Control, corresponde al 7 de octubre de 2010, es la siguiente:

“-Consejo (Gobierno) Provincial de Loja	USD	371,00
-Ministerio de Industrias y Productividad (MIPRO)	USD	21.349,00
-I. Municipio de Loja	USD	147.869,00”

Concluye el Superintendente de Compañías, Subrogante, manifestando que: “con fecha 03 de agosto de 2011 ingresó a la Intendencia de Compañías de Loja una petición del señor Gerente General de la compañía PARQUE INDUSTRIAL DE LOJA COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA, tendiente a obtener la cancelación de la inscripción de dicha compañía en el Registro Mercantil correspondiente, para dar lugar a la creación de la EMPRESA PÚBLICA “PARQUE INDUSTRIAL DE LOJA EP”, contenida en Ordenanza No. 18-2011 de 07 de julio de 2011 expedida por el Concejo Municipal de Loja, que conllevaría la disolución forzosa sin liquidación de la compañía PARQUE INDUSTRIAL DE LOJA COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA; trámite que se encuentra suspendido por petición del abogado patrocinante”.

El informe jurídico de la Procuradora Síndica (E) de la Municipalidad consultante, contenido en oficio No. 861-AJM-2011 de 26 de septiembre de 2011, cita los artículos 1 y 5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y la Disposición Transitoria Segunda de esa Ley, numerales 2.1.1. y 2.2.2., que establecen el régimen transitorio aplicable a las sociedades anónimas en las que el Estado sea accionista único, para su transformación en empresas públicas.

Agrega el citado informe jurídico que: “El Parque Industrial de Loja CEM que está regido por el Municipio de Loja, entidad que al ser accionista mayoritario, desea crear una empresa pública”, para cuya creación “como existen tres organismos estatales; el Gobierno Provincial de Loja y el Ministerio de Industrias y Productividad deberían vender sus respectivas acciones al Municipio de Loja, con el fin de que sea éste organismo descentralizado quien mediante acto normativo cree la empresa pública Parque Industrial Loja”.

El Prefecto Provincial de Loja en oficio No. 01386 de 1 de noviembre de 2011, expone que: “Al ser el Gobierno Provincial de Loja accionista del Parque Industrial, se ha designado un Delegado de esta entidad a dicha Empresa; y en base a las continuas reuniones que se han efectuado, se ha determinado la necesidad de crear la Empresa Pública Parque Industrial, situación a la que no nos oponemos”. En la misma comunicación, el Prefecto de Loja agrega que: “la entidad que

represento ha decidido que el porcentaje de acciones, pase a formar parte de la nueva Empresa Pública; para lo cual se requiere de la respectiva Ordenanza por parte del Consejo en Pleno, la cual debo indicar será debatida y aprobada en dos sesiones el próximo mes de noviembre del presente año”.

El criterio del Ministerio de Industrias y Productividad, contenido en memorando No. MIPRO-CGJ-2011-0597-M de 26 de octubre de 2011, que se ha remitido anexo al oficio No. MIPRO-DM-2011-1587-OF de 26 de octubre de 2011 de la Ministra Encargada, argumenta que: “Del análisis de las Disposiciones Transitorias de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, podemos determinar que ninguno de los supuestos señalados en los mismos, corresponde a la actual empresa “Parque Industrial de Loja Compañía de Economía Mixta...”; añade que: “...las Disposiciones Transitorias de la Ley Orgánica de Empresas Públicas determinan lo correspondiente al régimen transitorio de las sociedades anónimas, en donde el Estado es accionista único, a empresas públicas; o, de sociedades anónimas o empresas de economía mixta en donde el estado es accionista mayoritario o minoritario, a empresas públicas. No existe normativa para el caso de régimen transitorio de empresas de economía mixta, en donde el Estado es accionista único, como es el caso que hoy nos ocupa, a empresa pública”.

Sobre dicha base, el informe jurídico del Ministerio de Industrias y Productividad concluye que: “Por lo tanto, al no existir mandato legal que obligue a la empresa “Parque Industrial de Loja Compañía de Economía Mixta”, a transformarse en una empresa pública, la misma debe continuar su existencia, rigiéndose por la normativa de su constitución y por la Ley de Compañías”; y, que: “por lo tanto no hay obligación de que el Gobierno Provincial de Loja o el Ministerio de Industrias y Productividad vendan sus acciones en la compañía de economía mixta, a favor del Municipio, para que éste constituya una empresa pública, pues insistimos, que los presupuestos establecidos para este efecto en las Disposiciones Transitorias de la Ley Orgánica de Empresas Públicas no corresponden a la situación de Parque Industrial de Loja Compañía de Economía Mixta”.

En el acápite 3 del informe de la Coordinación General Jurídica del Ministerio de Industrias y Productividad, contenido en memorando No. MIPRO-CGJ-2011-0597-M de 26 de octubre de 2011, se señala que: “El I. Municipio de Loja, puede constituir empresas públicas de conformidad a lo establecido en el Art. 5 numeral 2 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, y para responder a la inquietud del señor Alcalde del cantón Loja, podría considerarse los siguientes mecanismos previos y excluyentes entre sí, en el marco de la Ley de Compañías, que los dejamos enunciados:

Que el Ilustre Municipio de Loja, previa la justa valoración adquiera las acciones de los otros accionistas de “Parque Industrial de Loja Compañía de Economía Mixta”, de conformidad con la ley;

Proceder a la disolución y liquidación de la compañía de economía mixta, y que el I. Municipio de Loja, cree una empresa pública, sobre la base del artículo 5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, ya citado; o,
En cumplimiento de lo dispuesto por la ley y el Estatuto de la Empresa de Economía Mixta, esperar el término de la duración de la compañía y actuar conforme el artículo 317 de la Ley de Compañías”.

Agrega el informe jurídico del Ministerio de Industrias y Productividad lo siguiente: “... debemos ser enfáticos en señalar que todas ellas requieren ser conocidas por todos los participantes de la empresa “Parque Industrial de Loja Compañía de Economía Mixta”, y actuarse de conformidad con lo que establezca su norma de constitución y la Ley de Compañías”.

Entre los documentos que la Municipalidad consultante ha acompañado a la consulta, consta la Ordenanza No. 18-2011, aprobada por el Concejo Cantonal en sesiones de 3 de febrero y 7 de julio de 2011 y sancionada por el Alcalde el 8 de julio de 2011, por la que crea la Empresa Pública Parque Industrial de Loja E.P., cuyo objeto social según el artículo 3 de la Ordenanza es la “prestación del servicio público de establecimiento, promoción, construcción, ampliación y administración de un parque industrial en la ciudad de Loja”.

De la información societaria remitida por al Superintendencia de Compañías, mediante oficio No.SC.IJ.DJC.Q.QQ.167.27581 de 27 de octubre de 2011, citado en los antecedentes del presente pronunciamiento, se desprende que la compañía que motiva su consulta mantiene la especie societaria de una compañía de economía mixta, por lo que en primer término cabe señalar que el artículo 308 de la Ley de Compañías, ubicado en la Sección VIII “De la Compañía de Economía Mixta”, 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”.

Del artículo 308 de la Ley de Compañías, se desprende que la Compañía de Economía Mixta es aquella en la que el capital y la gestión social comprenden tanto al sector público como al privado.

La Superintendencia de Compañías, en la letra b) subnumeral i), del oficio No. SC.IJ.DJC.Q.11.167.27581 de 27 de octubre de 2011, señala que la transferencia

del paquete accionario que inicialmente correspondía al socio privado Cámara de Pequeños Industriales de Loja, a CENDES (cuyos derechos y obligaciones se transfirieron al Ministerio de Industrias y Productividad), desnaturalizó a Parque Industrial de Loja Compañía de Economía Mixta, “en razón de que su capital social pasó a estar conformado únicamente por entidades públicas sin participación del capital privado, debiendo transformarse en sociedad anónima con accionistas del sector público”.

Conforme expresa la Superintendencia de Compañías en el oficio anteriormente citado, al eliminarse la participación del sector privado en “Parque Industrial de Loja Compañía de Economía Mixta”, esta compañía se apartó de los presupuestos del artículo 308 de la Ley de Compañías, que define a la compañía de economía mixta como aquella en la que intervienen el Estado, las municipalidades, los consejos provinciales y las entidades y organismos del sector público “conjuntamente con el capital privado, en el capital y en la gestión social de esta compañía”, por lo que debió transformarse en una sociedad anónima con capital conformado exclusivamente por el sector público, al amparo del artículo 330 de la Ley de Compañías que determina que una compañía se transforma cuando adopta una figura jurídica distinta, sin que por ello se opere su disolución ni pierda su personería y continúa subsistiendo bajo la nueva especie, ya que según artículo 331 de la misma Ley procede, entre otras, la transformación de sociedad anónima a compañía de economía mixta y viceversa.

Las consultas por usted formuladas, están relacionadas con la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que se menciona tanto en el informe jurídico de la Procuradora Síndica (E) del Municipio a su cargo, constante en el oficio No. 861-AJM-2011 de 26 de septiembre de 2011, como en el memorando No. MIPRO-CGJ-2011-0597-M de 26 de octubre de 2011 que contiene el criterio institucional del Ministerio de Industrias y Productividad.

La Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, bajo el Título “Régimen Transitorio de las Sociedades Anónimas a Empresas Públicas”, contiene una serie de previsiones referidas a las sociedades en las que el Estado es accionista, por lo que en primer término, cabe establecer si “Parque Industrial de Loja Compañía de Economía Mixta” se encuentra inmersa en alguno de los presupuestos de los numerales 2.1., 2.2. y 2.2.2. de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

De acuerdo a la composición accionaria del capital de “Parque Industrial de Loja Compañía de Economía Mixta”, referida en el oficio No. SC.IJ. DJC.Q.11.167.27581 de 27 de octubre de 2011, suscrito por el Superintendente

de Compañías, Subrogante, al Ministerio de Industrias y Productividad (MIPRO) le corresponde un capital de USD 21.349,00, al Municipio de Loja, un capital de USD 147.869,00 y el remante le corresponde al Consejo Provincial de Loja, propietario de USD 371,00. Como se evidencia de la composición accionaria que ha quedado señalada, el capital social está integrado en su totalidad por el Estado, a través de entidades y organismos determinados en el artículo 225 de la Constitución de la República.

El numeral 2.1. de la Disposición Transitoria en mención, se refiere al caso del “accionista único”, expresión que no es definida por la Ley de Compañías como tampoco lo es por la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Guillermo Cabanellas, refiere al accionista como “El dueño de una o más acciones en una compañía mercantil, industrial o de otra clase. El socio de una compañía y, por lo tanto, condueño de su capital”.

Por su parte, Antonio Brunetti, al tratar sobre la acción como cuota del capital social señala que: “ Como parte del capital social, la acción tiene un valor que corresponde aritméticamente a una fracción de éste. Es el llamado valor nominal... Todos los derechos de los accionistas son proporcionales a este valor...”.

El vocablo único, no está definido en diccionarios jurídicos, por lo que en base al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, se define como “solo y sin otro de su especie, singular”.

Entonces, según ha quedado anotado, el accionista único sería el dueño singular de las acciones de una compañía o el solo propietario de acciones de la misma, lo que permite colegir que la compañía objeto de su consulta, no se encuadra en los presupuestos del numeral 2.1. de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que se refiere a accionista único.

De otra parte, el numeral 2.2. de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se refiere al “Régimen Transitorio para las Sociedades Anónimas en las que el Estado a través de sus entidades y organismos es accionista mayoritario”; y, el subnumeral 2.2.2. de la citada Disposición Transitoria Segunda, bajo el título “Otras empresas con participación accionaria mayoritaria del Estado” establece el régimen transitorio a observar para la transformación en empresas públicas de “las demás sociedades anónimas o empresas de economía mixta, distintas a las previstas en numerales anteriores”. El citado numeral prescribe:

“2.2.2. Otras empresas con participación accionaria mayoritaria del Estado.

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

En virtud de la remisión expresa del numeral 2.2.2. al numeral 2.2.1. del régimen transitorio, que trata sobre las sociedades anónimas del sector eléctrico, es pertinente transcribirlo:

“2.2.1 Sociedades anónimas del sector eléctrico:

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

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

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

En el caso de que el Ministerio Rector del sector eléctrico ecuatoriano compre las acciones de los gobiernos autónomos descentralizados, los valores correspondientes a esos títulos se entregarán con cargo a inversiones en servicios públicos en la jurisdicción de esos gobiernos y serán distintos a los que por ley les corres-

ponda. Los egresos necesarios deberán incorporarse en el Presupuesto General del Estado en el subsiguiente año Fiscal, al valor que determine un experto contratado para el efecto, aplicando parámetros técnicos propios de la industria. El experto será seleccionado en conjunto entre el Ministerio Rector del Sector Eléctrico ecuatoriano y los gobiernos autónomos descentralizados que correspondan. De no existir acuerdo para dicha designación en un plazo máximo de treinta días, será el Ministerio Rector del Sector Eléctrico quien lo realice.

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

2.2.1.3. Una vez producida la compra de las acciones prevista en el número anterior, las sociedades anónimas se disolverán sin liquidarse, siguiendo el mismo procedimiento previsto en la Disposición Transitoria 2.1 anterior, y observando el mismo tratamiento para el talento humano, patrimonio, activos, pasivos y demás aspectos previstos en dicho régimen transitorio. Los aspectos relativos a la transición que no consten en este régimen transitorio se desarrollarán en el decreto ejecutivo, norma regional u ordenanza de creación de la o las empresas públicas de generación, transmisión, distribución y comercialización eléctrica.

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

Según señalé previamente, el numeral 2.2., titulado "Régimen Transitorio para las Sociedades Anónimas en las que el Estado es accionista mayoritario" y los subnumerales que forman parte del indicado numeral, han previsto el régimen de transición para las sociedades anónimas del sector eléctrico, constituidas con anterioridad a la expedición de la Ley Orgánica de Empresas Públicas. Tanto del título del numeral 2.2., así como del texto del subnumeral 2.2.2. y su remisión al subnumeral 2.2.1. de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica

de Empresas Públicas, se colige que las previsiones de dicho numeral se hallan referidas a sociedades en las que el Estado tiene mayoría accionaria, presupuestos que no cumple la “Compañía de Economía Mixta Parque Industrial de Loja”, que como quedó señalado, no tiene al Estado como accionista mayoritario, sino que la totalidad de su capital pertenece al Estado, a través de dos gobiernos autónomos descentralizados y un ministerio.

La Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas ha determinado el régimen transitorio de sociedades anónimas en donde hay un accionista único del Estado a empresas públicas; o, de sociedades anónimas o empresas de economía mixta en donde el Estado es accionista mayoritario o minoritario, pero no ha previsto el caso de una compañía cuyo capital pertenece en su totalidad al Estado, a través de varias entidades señaladas en el artículo 225 de la Constitución de la República, que es el que nos ocupa.

Del análisis jurídico precedente, se concluye que corresponde a los tres organismos del Estado, que tienen la calidad de accionistas de Parque Industrial de Loja CEM, esto es la Municipalidad de Loja, el Gobierno Provincial de Loja y el Ministerio de Industrias y Productividad, en acatamiento de lo prescrito en el artículo 226 de la Constitución de la República, coordinar acciones y definir la eventual transferencia de acciones a favor de un solo accionista y su posterior liquidación y constitución como empresa pública, conforme el artículo 5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que dispone el mecanismo de creación, según pertenezca al Ejecutivo, al Régimen Autónomo Descentralizado o conjuntamente a ambos.

OF. PGE. N°: 06142, de 27-01-2012

EMPRESAS PÚBLICAS: CONSTITUCIÓN PARA CENTRALES DE GENERACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA POR PARTE DE GOBIERNOS AUTÓNOMOS

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO NACIONAL DE ELECTRICIDAD,
CONELEC

CONSULTA:

“¿Los gobiernos autónomos descentralizados, de conformidad con la Ley Orgánica de Empresas Públicas, tienen facultad legal para constituir empresas públicas,

cuyo objeto exclusivo sea el de planificar, construir, ejecutar, operar y mantener centrales de generación de energía eléctrica?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 141, 261, 313, 315 y 316.

Ley Orgánica de Empresas Públicas Arts. 1, 4 y 5.

Estatuto del régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva Art. 2.

PRONUNCIAMIENTO:

En el Memorando No. CONELEC-PG-2012-068-M de 31 de enero de 2012, el Procurador del Consejo Nacional de Electricidad concluye manifestando que, “es factible que los gobiernos autónomos descentralizados constituyan empresas públicas, de conformidad con la Ley Orgánica de Empresas Públicas, es decir a través de Ordenanzas, a fin de que puedan planificar, construir, ejecutar, operar y mantener centrales de generación de energía eléctrica, por no existir disposición en contrario. Por tanto, el CONELEC estaría facultado para aceptar las solicitudes por parte de empresas públicas creadas por acto normativo legalmente expedido por los gobiernos autónomos descentralizados, para que, luego del análisis y cumplimiento de requisitos, este Consejo otorgue el Título Habilitante correspondiente”.

En el Memorando No. MEER-SJ-12-0053-ME de 22 de febrero de 2012, el Subsecretario Jurídico del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable concluye manifestando que dicha Subsecretaría “considera la factibilidad que tienen los gobiernos autónomos descentralizados de constituir empresas públicas de conformidad con la Ley Orgánica de Empresas Públicas, esto es por acto normativo legalmente expedido. Por su parte toda empresa pública conforme lo dispone la Constitución de la República, estará bajo la regulación y control específico del organismo pertinente, de acuerdo con la ley. Para el caso del sector eléctrico, mientras la Ley de Régimen del Sector Eléctrico se encuentre vigente, quien ejercerá dicha función será el Consejo Nacional de Electricidad CONELEC”.

En el oficio No. SC.INPA.G.12.0004321 de 27 de febrero de 2012, ingresado a esta Procuraduría el 28 de febrero de 2012, la Superintendente de Compañías manifiesta que “la Superintendencia de Compañías no ejerce actividad de control sobre las empresas públicas, por lo que no me corresponde pronunciarme sobre la consulta referente a la facultad legal de los organismos autónomos descentralizados para constituir las, al no estar el asunto materia de la consulta en el ámbito de las funciones de la Institución que represento”.

El artículo 261 de la Constitución de la República establece que “El Estado central tendrá competencias exclusivas sobre: “...11. Los recursos energéticos; minerales, hidrocarburos, hídricos, biodiversidad y recursos forestales”.

El inciso primero del artículo 313 de la citada Constitución prescribe que 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. En su inciso tercero determina: “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”.

De conformidad con los incisos primero y segundo del artículo 315 de la referida Carta Constitucional, 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, bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley.

El inciso primero del artículo 316 de la mencionada Constitución prevé que el Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las que tenga mayoría accionaria.

Del citado artículo 261 de la Constitución de la República, se establece que el Estado Central ejerce competencias exclusivas sobre los recursos energéticos, y de conformidad con el artículo 313 *íbidem*, el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar los sectores estratégicos, entre los cuales se encuentra la energía en todas sus formas, sin perjuicio de que las empresas públicas sean autorizadas para la gestión de sectores estratégicos o la prestación de servicios públicos, e incluso puede delegar la participación de dichos sectores estratégicos a empresas mixtas en las que tenga mayoría accionaria, conforme prevén los artículos 315 y 316 de la misma Carta Constitucional.

Con relación al tema, la Sentencia Interpretativa No. 001-12-SIC-CC expedida por la Corte Constitucional para el Período de Transición, circunscribe el ámbito de competencia del “Estado Central” a la “Administración Pública o gobierno Central”, en los siguientes términos: “...solo el Estado Central puede autorizar a las empresas públicas la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos. Dicha autorización se realizará a través de las autoridades de control y regulación competentes de la Administración Pública o gobierno Central que tengan dicha atribución legal”.

Según el artículo 141 de la Constitución de la República, el Presidente de la República ejerce la Función Ejecutiva, es el Jefe del Estado y de Gobierno y responsable de la “administración pública”.

Conforme al artículo 2 del “Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, la Administración pública está conformada por la administración pública central e institucional de la Función Ejecutiva.

La Ley Orgánica de Empresas Públicas en el artículo 1 establece que sus disposiciones “regulan la constitución, organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación de las empresas públicas que no pertenezcan al sector financiero y que actúen en el ámbito internacional, nacional, regional, provincial o local”.

El inciso primero del artículo 4 de la citada Ley Orgánica define que las empresas públicas “son entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, 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”.

Según el artículo 5 de la indicada Ley Orgánica, la creación de empresas públicas se hará, ente otros casos: “...2. Por acto normativo legalmente expedido por los gobiernos autónomos descentralizados”.

De los citados artículos 1, 4 y 5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se desprende que dicha Ley regula la constitución, organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación de empresas públicas, las cuales se constituyen como entidades pertenecientes al Estado que funcionan como sociedades de derecho público, destinadas entre otras actividades económicas, a la gestión de los sectores estratégicos, y se crean entre otros casos, mediante acto normativo legalmente expedido por los gobiernos autónomos descentralizados.

Respecto de los artículos 313, 315 y 316 de la Constitución de la República, anteriormente citados, cabe tener presente que en atención a la solicitud del señor Presidente Constitucional de la República a la Corte Constitucional para el Período de Transición, para que interprete el contenido de dichas disposiciones constitucionales, en Sentencia No. 001-12-SIC-CC el Pleno de la Corte Constitucional manifestó que “se considera necesaria la interpretación constitucional en el sentido de que la administración, regulación, control y gestión de los sectores

estratégicos y servicios públicos corresponde prioritariamente al Estado; dicha prioridad incluye la potestad o prerrogativa que tiene el Estado para: a) ‘autorizar’ a las empresas públicas la gestión de dichos sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos –se habla de ‘autorización’ para los casos de empresas públicas cuyo objeto o fin, de acuerdo al instrumento legal de su constitución (estatuto, ordenanza, decreto, resolución, etc.) sea la gestión o actividades relacionadas a la gestión del respectivo sector estratégico, puesto que el derecho preexistente que nace de la Constitución de la República lo podrán ejercer únicamente para dicho sector estratégico específico y/o la prestación del servicio público correspondiente, y no para otros o no para todos aquellos sectores y servicios que no se hallen catalogados en su objeto; caso este último que los organismos competentes regularán a través de los títulos habilitantes respectivos”.

Conforme al análisis realizado, el Pleno de la Corte Constitucional concluyó en los siguientes términos:

“Las empresas públicas tienen competencia de gestión de aquellos sectores estratégicos y servicios públicos para los cuales hayan sido autorizadas, por parte de los organismos competentes.

La gestión implica necesariamente operación de los sectores estratégicos, y se entenderá como la prestación del servicio público relacionado con el respectivo sector estratégico.

Las empresas públicas no regulan ni controlan los sectores estratégicos y/o la prestación de servicios públicos para los cuales se les ha autorizado o se les autoriza gestionar...”.

En mérito de lo expuesto, el Pleno de la Corte Constitucional emitió la siguiente Sentencia Interpretativa:

“1. ...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 les 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.

2. Por lo tanto, sólo el Estado Central puede autorizar a las empresas públicas la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos.

Dicha autorización se realizará a través de las autoridades de control y regulación competentes de la Administración Pública o gobierno Central, que tengan dicha atribución legal. Interpretese la gestión del sector estratégico como la prestación del servicio público relacionado con el respectivo sector estratégico”.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta que conforme los artículos 1, 4 y 5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, las disposiciones de esta Ley regulan la constitución organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación de las empresas públicas, que se constituyen como entidades pertenecientes al Estado, para realizar entre otras actividades económicas, la gestión de los sectores estratégicos, se concluye que los gobiernos autónomos descentralizados tienen facultad legal para constituir empresas públicas, cuyo objeto exclusivo sea el de planificar, constituir, ejecutar, operar y mantener centrales de generación de energía eléctrica.

Se deberá tener en cuenta que, al haber interpretado el Pleno de la Corte Constitucional el contenido de los artículos 313, 315 y 316 de la Constitución de la República en el sentido de que “sólo el Estado Central puede autorizar a las empresas públicas la gestión de los sectores estratégicos”, entre los cuales se encuentra la energía en todas sus formas, interpretación que coincide plenamente con lo previsto en el Art. 261 de la Constitución de la República, las empresas públicas creadas por los gobiernos autónomos descentralizados para la gestión de los servicios de energía eléctrica, deberán contar previamente con la autorización del Estado Central a través de las autoridades de control y regulación competentes de la Administración Pública que tengan dicha atribución legal.

OF. PGE. N°: 07125, de 23-03-2012

ENERGÍA ELÉCTRICA: COMPETENCIA PARA EL PAGO DE SUMINISTRO DE LOTES DE TERRENO DONADO

ENTIDAD CONSULTANTE: SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS

CONSULTA:

“En razón de lo expuesto, en lo referente a los “Intereses” que habría generado la obligación principal, de la Cláusula Cuarta del Convenio de Pago suscrito por la Superintendencia de Compañías y la Empresa Metropolitana de Agua Potable y

Saneamiento, se desprende que las partes intervinientes estipulan que se elevará a consulta al Procurador General del Estado, incluyendo los criterios de las áreas jurídicas de las dos instituciones públicas, dentro de los quince días laborables subsiguientes, a partir de la suscripción del convenio a cuyo pronunciamiento se sujetarán y darán estricto cumplimiento”.

BASES LEGALES:

Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado Art. 13.

Código Civil Arts. 1575, 1607 y 2184.

Reglamento de Suministro del Servicio de Electricidad, Arts. 7, 17, 22 y 24.

Res. N° 17 de la Procuraduría General del Estado Art. 4.

PRONUNCIAMIENTO:

La Superintendencia de Compañías mediante escritura pública otorgada ante el Notario Vigésimo Noveno del cantón Quito, doctor Rodrigo Salgado Valdez, el 5 de noviembre de 1998, inscrita en el Registro de la Propiedad de dicho cantón el 30 de septiembre de 1999, donó a la Empresa Metropolitana de Agua Potable y de Alcantarillado de Quito, EMAAP-Q, tres lotes de terreno ubicados en la Parroquia Alangasí del Cantón Quito y que formaban parte del Centro de Capacitación de propiedad de dicho organismo de control, según consta en la escritura de donación antes referida

Por su parte, en el oficio de consulta se señala que la empresa donataria “una vez instalada la planta de abastecimiento de agua potable, no ha considerado como era su obligación, que para el funcionamiento de la planta en cuestión, era imprescindible la utilización del fluido de energía eléctrica, haciendo uso indebido por el lapso de ocho años, ocho meses, del suministro eléctrico asignado a la Superintendencia de Compañías, y que, para evitar el corte de fluido eléctrico y la consecuente interrupción del suministro del líquido vital, la Superintendencia de Compañías asumió el pago de ese consumo (luz) que le correspondía cancelar a la EMAAP por dicha utilización”.

Finalmente, expresa en su consulta que la Superintendencia de Compañías suscribió el 12 de enero del presente año, un “Convenio de Pago” con la hoy Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento, por el monto total de USD \$ 51.941,31 (CINCUENTA Y UN MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y UNO CON 31/100) dólares de los Estados Unidos de América, por el cual la empresa en mención, se comprometía a pagar a la Superintendencia de Compañías el monto indicado.

A fin de atender su requerimiento, con fundamento en el inciso segundo del artículo 13 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y el artículo 4 de la Resolución No. 17, emitida por este Organismo, mediante oficio No. 06686 de 29 de febrero de 2012, se le requirió el criterio jurídico institucional, así como documentación relacionada con su consulta, lo que fue atendido por la Entidad a su cargo mediante oficio No. SC-INPA-G-12-001.0006553 de 26 de marzo de 2012, ingresado a la Procuraduría el 27 de los mismos mes y año, por el cual remite la documentación solicitada y el criterio jurídico institucional, constante en memorando No. SC.UA.Q.2012.030 de 26 de enero de 2012.

Adicionalmente, esta Procuraduría a través del oficio No. 06687 de 29 de febrero de 2012, le solicitó a la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento, su criterio respecto del caso planteado, lo que fue atendido en el oficio No. 0050-DRH-I-DJ-0120 de 13 de marzo de 2012, recibido el mismo día en este Organismo.

La Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento en el oficio No. 0050-DRH-I-DJ-0120 de 13 de marzo de 2012, expresa el siguiente criterio:

“3.1. Que la Superintendencia de Compañías, incumplió los artículos: 163, 428-A y 428-B de la Ley de Régimen Municipal y la Ordenanza No. 2395, al no haber solicitado la individualización de los suministros de energía eléctrica para que el sistema de autoabastecimiento de agua potable funcione independientemente del resto de instalaciones del Centro de Capacitación y Sede Social de propiedad de esta Institución; incumplimiento que le indujo a cometer el error de hecho y el pago indebido del consumo de energía a la Empresa Eléctrica Quito, configurándose así un cuasicontrato.

3.2. El pago de lo no debido, realizado por la Superintendencia de Compañías constituye un error de hecho, al haber cancelado la totalidad del consumo de energía, por lo tanto, debe ser restituido en igual cantidad, sin que haya lugar al reconocimiento de intereses.

3.3. El Convenio celebrado el 12 de enero de 2012, no constituye el reconocimiento de la existencia de una obligación contractual sino exclusivamente la repetición del pago al que tiene derecho conforme las reglas del cuasicontrato de pago de lo no debido...;

3.4. La Superintendencia de Compañías, reconoce que ‘no existe disposición normativa expresa que obligue al pago de intereses’...”.

En el memorando No. SC.UA.Q.2012.030 de 26 de enero de 2012, dirigido al Subintendente Administrativo y Financiero, el Asesor Legal Encargado de la Superintendencia de Compañías, cita los artículos 1575 y 1607 del Código Civil y concluye con el siguiente criterio jurídico institucional:

“Por otro lado, si bien no existe una disposición normativa que obligue el pago de intereses entre instituciones públicas, es criterio de esta Unidad de Asesoría que se cancele el valor correspondiente a los intereses generados desde noviembre de 1998 hasta julio de 2007, ya que la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento continuó beneficiándose del servicio básico de energía eléctrica”.

Mediante pronunciamiento contenido en el oficio No. 07391 de 18 de mayo de 2009, la Procuraduría General del Estado, con motivo de la consulta formulada por el Superintendente de Compañías de entonces, respecto del mismo tema, con relación al convenio que entonces se pretendía suscribir, se pronunció en el sentido de que el convenio que pretendían suscribir la Superintendencia de Compañías y la Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito estaba sujeto a las normas del Derecho Civil.

Respecto de si la transacción requiere informe favorable del Procurador General del Estado, en el mismo oficio No. 07391, este Organismo se pronunció en el siguiente tenor:

“Por lo tanto, en el caso materia de consulta, aún cuando no existe juicio pendiente de resolución judicial, el acuerdo transaccional al que lleguen las partes, requiere contar con la autorización previa del Procurador General del Estado, si su cuantía fuera superior a veinte mil dólares de los Estados Unidos de América”.

De la documentación remitida a esta Procuraduría, consta copia certificada del “Convenio de Pago celebrado entre la Superintendencia de Compañías y la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento”, el 12 de enero de 2012.

El antes referido Convenio, establece como objeto del mismo, en la Cláusula Tercera que la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento se compromete a transferir a la Superintendencia de Compañías del Ecuador, el valor de USD \$ 35.321.76, (treinta y cinco mil trescientos veintiuno con 76/100) dólares de los Estados Unidos de América, rubro que corresponde a la diferencia del monto determinado por la Comisión Interinstitucional, por consumo de

energía eléctrica utilizada en las instalaciones operadas por esta Empresa Pública, para el funcionamiento del sistema de autoabastecimiento de agua potable, ubicado en el Centro de Capacitación de Ushimana y que el valor de USD \$ 16.619.55 (dieciséis mil seiscientos diecinueve con 55/100) dólares de los Estados Unidos de América, se conviene sea retenido por la Empresa Pública, para que la misma los invierta en la construcción de los cerramientos a realizar en los terrenos donde se encuentran los dos pozos y el tanque de distribución de agua.

En la Cláusula Cuarta, respecto al pago de intereses, materia de su consulta, las partes han previsto consultas al Procurador General del Estado para que emita un pronunciamiento, al que se sujetarán y darán estricto cumplimiento.

De los documentos presentados, no aparece que se haya solicitado el pronunciamiento de esta Procuraduría que autorice la suscripción del convenio entre la Superintendencia de Compañías y de la Empresa Metropolitana de Agua Potable y de Alcantarillado de Quito, EMAAP-Q (Actual Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento).

Conforme quedó señalado, la consulta que atiendo, pretende que esta Procuraduría determine si procede o no el cobro de intereses por parte de la Superintendencia de Compañías, por el pago que dicha entidad de control realizó por el consumo eléctrico originado en el funcionamiento de equipos instalados en los terrenos que la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento, anteriormente denominada Empresa Metropolitana de Agua Potable y de Alcantarillado de Quito, EMAAP-Q recibió en donación por parte de la Superintendencia de Compañías.

La Superintendencia de Compañías, en el criterio jurídico institucional, contenido en el memorando No. SC.UA.Q.2012.030, se fundamenta en el artículo 1575 del Código Civil, que señala lo siguiente:

“Art. 1575.- Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

1. Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes, en ciertos casos;
2. El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses. En tal caso basta el hecho del retardo;
3. Los intereses atrasados no producen interés; y,

4. La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas.”.

La disposición antes citada se halla referida a la indemnización de perjuicios por mora, en obligaciones en que las partes han convenido el pago de intereses o la Ley ha previsto el pago de intereses, por lo que cabe analizar el origen de la obligación que motiva su consulta y si existe una norma que disponga el pago de intereses, atenta la naturaleza de dicha obligación.

Respecto de lo señalado por la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento, procede analizar el pago de lo no debido, sobre el cual Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga expresan lo siguiente:

“Como todo pago supone la existencia previa de una deuda, el que por error paga lo que no debía, tiene derecho a repetir lo pagado.

Entre el que recibe el pago (accipiens) y el que lo hace (solvens) surge una obligación, que la dogmática tradicional, a la cual nuestro Código sigue, basa en el cuasicontrato: quien recibió el pago debe devolverlo para subsanar el empobrecimiento sin causa producido al solvens como también el enriquecimiento sin causa operado a favor del accipiens.

Por eso se concede al primero una acción contra el segundo, la llamada por los romanos y tratadistas *conditio indebiti*, que en el Derecho de aquellos era una de las varias acciones que tendían a corregir el enriquecimiento injusto...

Concurriendo los requisitos señalados (realización de un pago, inexistencia de la deuda y error del solvens) puede entablar la acción de lo no debido el que pagó o sus herederos...

La repetición de lo no debido produce el efecto de restituir las cosas indebidamente pagadas, y cuando esto no es posible, su equivalente en dinero....”.

Del análisis del pago de lo no debido efectuado por los tratadistas chilenos antes citados, se evidencia que el cuasicontrato de pago de lo no debido, nace entre el que efectúa el pago de una deuda inexistente, por error y el que lo recibe o accipiens.

En similares términos consta la definición del tratadista Guillermo Borda, quien además señala las formas de pago de lo no debido:

“Cuando se paga algo que no se debe, la ley concede a quien pagó el derecho de repetir lo pagado. Es una solución de elemental equidad, fundada en el principio general de que nadie puede enriquecerse sin causa a costa de otro.

Diferentes casos.- Los jurisconsultos romanos, aficionados a las sutilezas jurídicas, distinguieron tres hipótesis de pago indebido: el pago por error, el pago sin causa y el pago hecho por una causa ilícita o contraria a las buenas costumbres”.

El tratadista francés Eugéne Gaudemet analiza las condiciones del pago de lo no debido, en los siguientes términos:

“Son tres:

1º Se requiere una prestación hecha a título de pago, es decir, con el propósito de cumplir una obligación anterior. Es un punto de semejanza con el enriquecimiento sin causa;

2º Se requiere que la deuda no exista; por lo menos en las relaciones del solvens y del accipiens.

Esta condición se realiza en tres casos:

a) La deuda ha podido no existir jamás...

b) La deuda puede existir, pero respecto de un acreedor que no sea el accipiens. Pedro, debiendo a Pablo, paga a Santiago. Hay deuda pero el pago se hizo a quien no era acreedor.

c) Inversamente, la deuda puede existir, pero con cargo de persona distinta del solvens: Pedro paga a Pablo la deuda de Santiago, creyendo saldar su propia deuda. Hay deuda pero pago por persona distinta del deudor...

3º Por fin, el pago de lo indebido supone un error del solvens. Si a sabiendas se paga lo que no se debe, la prestación se reputará hecha con intención liberal, quedando por lo tanto excluida la acción de repetición”.

Para el tema materia de la consulta, es pertinente señalar que el Código Civil en el Título XXXII “De los Cuasicontratos”, artículo 2184 que prevé:

“Art. 2184.- Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen, o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella.

Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato.

Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito.

Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito.”.

El párrafo segundo del mismo Título XXXII del Código Civil, trata “Del pago de lo no debido y en el artículo 2195, dispone:

“El que por error ha hecho un pago y prueba que no lo debía, tiene derecho a repetir lo pagado.

Sin embargo, cuando una persona, a consecuencia de un error suyo, ha pagado una deuda ajena, no tendrá derecho para repetir contra el que, a consecuencia del pago, ha suprimido o cancelado un título necesario para el cobro de su crédito. Pero podrá intentar contra el deudor las acciones del acreedor”.

Por su parte, el artículo 7 y el inciso primero de los artículos 17 y 22 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento de Suministro del Servicio de Electricidad, publicado en el Registro Oficial N. 150 de 22 de noviembre de 2005, en su orden, prevén lo siguiente:

“Art. 7.- Obligaciones del consumidor.- El consumidor cumplirá con las obligaciones que se establezcan en el contrato de suministro de energía suscrito por el distribuidor y las disposiciones establecidas en la Constitución Política de la República (actual Constitución de la República), la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, su Reglamento General, este reglamento y demás normas relacionadas con el servicio.

El consumidor permitirá al distribuidor el libre acceso hasta el punto de entrega, para realizar las inspecciones técnicas necesarias, labores de control y toma de lecturas del equipo de medición.

Art. 17.- Identificación del consumidor.- En el registro del distribuidor constará la identificación y datos pertinentes del consumidor, quien observará y cumplirá sus obligaciones y será beneficiario de los derechos que se establecen en dicho reglamento, las regulaciones correspondientes y los contratos de suministro del servicio.

Art.22.- Lecturas.- Los consumos de energía se determinarán sobre la base de las lecturas directas que el distribuidor realice en los equipos de medición”.

Adicionalmente el artículo 24 del mismo Reglamento, dispone que el distribuidor podrá suspender el servicio a los consumidores que no hubieren cancelado su factura hasta la fecha de su vencimiento.

Por su parte, el formato actual de “Contrato de Suministro de Energía Eléctrica” de la Empresa Eléctrica Quito, al que se refiere el artículo 7 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento de Suministro del Servicio de Electricidad, previamente citado, en su cláusula cuarta estipula que el consumidor se obliga a pagar a la Distribuidora, por el consumo de energía eléctrica medido (registrado por el contador de energía instalado para el efecto), o por el consumo acordado en función de la carga instalada, (para los casos de servicios convenidos o provisionales), el valor económico constante en la respectiva factura por consumo mensual, que resulte de la aplicación del pliego tarifario vigente aprobado por el CONELEC.

Adicionalmente, el formato actual de “Contrato de Suministro de Energía Eléctrica” de la Empresa Eléctrica Quito, con relación al tema específico de su consulta, en la Cláusula Quinta, numeral 5.2, letra d), estipula lo siguiente:

“QUINTA.- PLAZO, EXTENSIÓN Y SUSPENSIÓN...

5.2. El presente Contrato se considera extendido en beneficio de terceros, previa la justificación que corresponda, única y exclusivamente en los siguientes casos:...

d) Transferencia de dominio legalmente instrumentada e inscrita en el Registro de la Propiedad.

El nuevo beneficiario del servicio está obligado a notificar a la Distribuidora cualquiera de los eventos antes mencionados y solicitar la actualización de sus datos contenidos en el registro, presentando la documentación correspondiente, la Distribuidora actualizará sus registros y suscribirá un nuevo contrato con el nuevo beneficiario.”.

De otra parte, de conformidad con el inciso primero de los artículos 17 y 22 y del artículo 24 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento de Suministro del Servicio de Electricidad, se desprende que la Empresa Eléctrica Distribuidora mantiene un registro de sus consumidores; que los consumos que efectúan estos se determinan en base a lecturas directas de los medidores y que la falta de pago por el consumo hasta la fecha de vencimiento de la factura conlleva como consecuencia la suspensión del servicio, lo cual es concordante con la obligación de pagar el

consumo de energía que tiene el consumidor con la Empresa Eléctrica, en virtud de la cláusula cuarta del contrato de suministro antes citado.

De la estipulación del numeral 5.2 de la Cláusula Quinta del actual formato de “Contrato de Suministro de Energía Eléctrica” de la Empresa Eléctrica Quito, se establece que una vez producida la transferencia de dominio a favor de la Empresa Metropolitana de Agua Potable y de Alcantarillado de Quito, EMAAP-Q (actual Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento), ésta debió solicitar a la Empresa Eléctrica Quito que instale un medidor a su nombre en el predio adquirido por donación de la Superintendencia de Compañías y suscribir el contrato de suministro correspondiente. Lo antes referido no impedía que la Superintendencia de Compañías, como consumidor registrado ante la Empresa Eléctrica Quito y como tal obligada al pago frente a la Empresa Distribuidora, por el suministro de energía eléctrica efectivamente prestado, haya podido solicitar en su calidad de donante a la Empresa Eléctrica que se excluya del medidor a nombre de dicha Superintendencia, el suministro de energía eléctrica correspondiente a los lotes de terreno donados a la Empresa Pública Metropolitana y se instale un medidor independiente para los lotes objeto de la donación.

Si bien no se ha presentado el contrato de suministro de energía eléctrica celebrado en este caso para la prestación del servicio de energía eléctrica, debemos entender que la consecuencia lógica de la adquisición de un inmueble, a cualquier título, es la de actualizar la información a nombre del nuevo propietario y asumir los costos que genere, sin que pueda desconocer su responsabilidad en ello, atribuyéndosela al anterior propietario que, por su parte debió verificar que dicha actualización y cambio de propietario sea registrada oportunamente.

En consecuencia, la Superintendencia de Compañías ha pagado, a causa de un error compartido con la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento, una deuda que en realidad era ajena, lo que constituye un pago de no lo debido, según ha quedado analizado en líneas anteriores. De igual manera, del análisis previamente efectuado, se evidencia que las dos entidades son responsables de que no se haya individualizado el suministro de energía eléctrica, una vez perfeccionada la donación de los lotes de terreno referidos en su consulta y comparten la culpa de esta omisión, por lo que no cabe que cualquiera de ellas alegue su error en beneficio propio.

Por lo expuesto, con relación a su consulta, se concluye que el Código Civil no ha previsto una norma que obligue al pago de intereses en el caso planteado, tanto más que de conformidad con el análisis jurídico realizado, existe una responsabilidad compartida por la Superintendencia de Compañías y la Empresa Pública

Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento, que no efectuaron las acciones pertinentes para que se individualice el suministro de energía eléctrica para los lotes donados por la entidad de control a favor de la empresa metropolitana encargada de la provisión de agua potable y saneamiento.

OF. PGE. N°: 07731, de 10-05-2012

EXPROPIACIÓN: TRANSFERENCIA DE DOMINIO DE BIENES INMUEBLES –DERECHOS NOTARIALES

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL DISTRITO METROPOLITANO
DE QUITO

CONSULTA:

“¿Las escrituras públicas que tienen por objeto la transferencia de dominio de bienes inmuebles que se han expropiado por parte del Municipio son actos jurídicos que se producen como consecuencia del procedimiento de expropiación y por lo tanto no generan derechos notariales?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 199.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 103, 447, 448, 449, 456 y 534 lit. e).

Código Orgánico de la Función Judicial Disp. Trans. Séptima.

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

Ley Notarial Arts. 18 num. 1 y 26.

Código Civil Arts. 702 y 1716.

Res. N° 17 del Consejo Nacional de la Judicatura, R.O. S. N° 575 de 14-11-2011 Art. 56.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficios No. 05415 y 05600 de 13 y 26 de diciembre de 2011, este Organismo solicitó a usted la remisión de copias certificadas de la documentación referida en su consulta; dichos requerimientos han sido atendidos con oficio No. 1041 A de 30 de diciembre de 2011, ingresado en la misma fecha.

Los requerimientos de documentación, se realizaron de conformidad con el artí-

culo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y del artículo 4 de la Resolución No. 17 de este Organismo, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007, cuyo artículo 4 dispone que: “al oficio de consulta se adjuntará obligatoriamente el criterio escrito y en texto independiente del Asesor Jurídico de la institución, sobre el asunto materia de la consulta, así como todos los documentos relacionados con la misma, en copias certificadas por autoridad competente”.

El informe del Procurador Metropolitano, contenido en oficio sin número de 14 de diciembre de 2011, refiere como antecedente que, con el propósito de realizar la transferencia de dominio de los inmuebles que se han expropiado, las dependencias municipales remiten las minutas al Colegio de Notarios, a fin de que se proceda con el sorteo, incluyendo en la cláusula de gastos, la previsión del artículo 456 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), que dispone:

“Art. 456.- Tributos y derechos.- En los procedimientos de expropiación, a partir de la notificación de la declaratoria, no se generarán sobre el bien, impuestos, tasas, derechos o cualquier otra prestación patrimonial de registro, inscripción o protocolización de los documentos que produzcan o de los actos jurídicos que se produzcan.”

Añade el informe del Procurador Metropolitano que mediante oficio de 24 de octubre de 2011, dirigido al Asesor Jurídico de la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas (EPMOP), el Presidente del Colegio de Notarios de Pichincha ha manifestado que los artículos 18 y 26 de la Ley Notarial diferencian la escritura pública de la protocolización; y, por tanto considera que: “la disposición del Art. 456 del COOTAD no tiene alcance para las escrituras públicas, por cuanto limita, de acuerdo al texto literal, a las protocolizaciones, por lo que, la cláusula en las minutas para ser elevadas a escrituras públicas las transferencias de dominio por expropiación, relacionada a gastos no se encuentra exenta de los derechos notariales, en consecuencia estimo que deben rectificarse dichas minutas que fueron remitidas para el respectivo sorteo.” Compulsa certificada de dicho oficio se ha remitido a pedido nuestro.

El informe del Procurador Metropolitano cita entre otras normas, el artículo 456 del COOTAD, sobre cuya aplicación trata la consulta, así como el artículo 26 de la Ley Notarial que define a la escritura pública como “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.” Sobre dicha base normativa, concluye el Procurador Metropolitano que:

“Las escrituras públicas de transferencia de dominio de los inmuebles objeto de las expropiaciones constituyen actos jurídicos que se producen como consecuencia del procedimiento de expropiación, razón por la cual y en estricta aplicación del artículo 456 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, estos documentos no deberían generar derechos notariales, más aún cuando el artículo 199 de la Constitución de la República señala que los servicios notariales son públicos.”

Entre los documentos cuya compulsua certificada se ha remitido a pedido de esta Entidad, constan los siguientes:

- El oficio No. 0538 AJ-EXP de 12 de noviembre de 2011, por el que el Asesor Jurídico de la Empresa Pública de Movilidad y Obras Públicas (EPMMOP) se dirige al Procurador Metropolitano, y expone que la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas se encuentra realizando la legalización de las declaratorias de utilidad pública con fines de expropiación de los inmuebles afectados para la ejecución de importantes proyectos impulsados por el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito.

En el mismo oficio referido en el párrafo anterior se agrega que, cuando existe la aceptación expresa de los propietarios de los predios afectados, sobre el valor establecido por la entidad, la EPMMOP en sujeción a lo que dispone la Ley Notarial respecto a los actos o contratos que provengan del sector público, remite las minutas al Colegio de Notarios a fin de que se proceda con el respectivo sorteo, incluyendo en la cláusula de gastos, el contenido del artículo 456 del COOTAD, mientras que “La EPMAPS, en las minutas que remite a las Notarías para legalización, expresamente señala que: “los gastos que demande la presente escritura pública... son de cuenta de la Empresa Pública...”.

- Oficio No. 0291-DRH.I-DJ 339 de 31 de octubre de 2011, dirigido al Presidente del Colegio de Notarios de Pichincha, por la Directora Jurídica Encargada de la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento, en el que cita el artículo 456 del COOTAD y expresa:

“En virtud de la disposición invocada, en la cláusula Cuarta, del contrato de la referencia y en todos los contratos de transferencia de dominio por declaratoria de utilidad pública, se está incluyendo el texto del Art. 456 del COOTAD, debido

a que dichos contratos podrían generar tasas, contribuciones, impuestos, etc., de los cuales el sector público está expresamente exonerado.”; y, añade:

“Sobre los derechos por servicios notariales por la celebración de escrituras públicas, usted advertirá que en la parte inicial de la Cláusula precedentemente citada, expresamente se señala “los gastos que demande la presente escritura pública... son de cuenta de la Empresa Pública, estipulación que cubre los derechos de los notarios para este tipo de contratos.”

El contenido de la consulta exige considerar que el procedimiento de adquisición de inmuebles mediante declaratoria de utilidad pública está reglado por el artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cuyos incisos sexto, octavo y undécimo disponen en su orden:

“...El acuerdo y la correspondiente transferencia de dominio, se formalizarán en la respectiva escritura pública, que se inscribirá en el Registro de la Propiedad.

...Para la transferencia de inmuebles adquiridos por declaratoria de utilidad pública, los dueños deberán tener cancelados todos los impuestos correspondientes a dicha propiedad, excepto el pago de la plusvalía y los que correspondan a la transferencia de dominio, que no se generarán en este tipo de adquisiciones. Si los tributos se mantuvieran impagos, del precio de venta, se los deducirá...

...En el caso de las municipalidades el procedimiento expropiatorio se regulará por las disposiciones de su propia Ley”.

Del tenor del inciso octavo del artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se desprende que, la transferencia de inmuebles adquiridos por declaratoria de utilidad pública, está exenta del pago del impuesto de plusvalía y de aquellos que correspondan a la transferencia de dominio, esto es del impuesto municipal de alcabala establecido por el artículo 527 del COOTAD que graba la transferencia de inmuebles.

En concordancia, la letra e) del artículo 534 del COOTAD establece idéntica exoneración del pago del impuesto de alcabala, para el caso de adquisiciones efectuadas por expropiación.

Por su parte, la Sección Séptima del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, (COOTAD), bajo el título de “Expropiaciones”, establece el “Procedimiento Único” aplicable por los gobiernos autónomos descentralizados, entre ellos los municipales y metropolitanos, para declarar la

expropiación de bienes por razones de utilidad pública o interés social, previa justa valoración, indemnización y pago.

El artículo 447 del citado COOTAD, establece que para realizar expropiaciones, la máxima autoridad administrativa del respectivo Gobierno Autónomo Descentralizado, resolverá 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.

De conformidad con el artículo 448 del COOTAD, la resolución de la máxima autoridad con la declaratoria de utilidad pública se notificará, dentro de tres días de haberse expedido, a los propietarios de los bienes expropiados, a los acreedores hipotecarios si los hubiere y al registrador de la propiedad. El inciso segundo del citado artículo 448 del COOTAD prevé que la inscripción de la declaratoria de utilidad pública traerá como consecuencia que el Registrador de la Propiedad se abstenga de inscribir cualquier acto traslativo de dominio o gravamen, salvo que sea a favor del gobierno autónomo descentralizado que requiere la declaración de utilidad pública.

El artículo 449 del COOTAD establece que el valor del bien a ser expropiado se fijará mediante avalúo del inmueble, y que dicho avalúo “sirve de base para buscar un acuerdo sobre el precio del mismo...”. El artículo 452 ibídem prescribe que: “De existir acuerdo entre las partes podrá realizarse el pago mediante la permuta con bienes o mediante títulos de crédito negociables...”, mientras que de no ser posible llegar a un acuerdo sobre el precio de los bienes expropiados, la administración podrá proponer juicio de expropiación ante la justicia ordinaria, de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Civil, juicio que tendrá como único objetivo la determinación del valor del inmueble, según el artículo 453 del mismo Código Orgánico.

El artículo 456 del COOTAD, que ya fue transcrito en los antecedentes de este pronunciamiento, dispone que en los procedimientos de expropiación, a partir de la notificación de la declaratoria, “no se generarán sobre el bien, impuestos, tasas, derechos o cualquier otra prestación patrimonial de registro, inscripción o protocolización de los documentos que produzcan o de los actos jurídicos que se produzcan”.

La exoneración que establece el artículo 456 del COOTAD, aplicable a los procedimientos de expropiación que efectúan los GADs y entre ellos las municipalidades, es una exención amplia, referida al pago de impuestos, tasas, derechos o cualquier prestación patrimonial que provengan en forma directa de los actos

jurídicos que se produzcan en el procedimiento de expropiación, mientras que la exención que establece el octavo inciso del artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para la adquisición de inmuebles mediante declaratoria de utilidad pública, se limita a la exoneración del pago de los impuestos municipales de plusvalía y los que correspondan a la transferencia de dominio, esto es alcabala, previendo en forma expresa que cualquier otro tributo impago se deduzca del precio de venta.

El procedimiento de expropiación se inicia mediante la declaratoria de utilidad pública según el artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que en el caso de los gobiernos autónomos descentralizados debe ser expedida por la máxima autoridad administrativa del respectivo GAD, según el artículo 447 del COOTAD. De haber acuerdo entre las partes, dicho procedimiento concluye con la transferencia de dominio del inmueble expropiado que se formaliza en la respectiva escritura pública y se inscribe en el Registro de la Propiedad, según el sexto inciso del citado artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La solemnidad de escritura pública es aplicable a la transferencia de dominio de inmuebles, sea mediante venta o permuta, de conformidad con el inciso segundo del artículo 1740 del Código Civil, que dispone: “La venta de bienes raíces, servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública...”, en concordancia con el artículo 1840 *ibídem* que prevé que las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permuta en todo lo que no se opongan a la naturaleza de este contrato; y que, cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio.

De conformidad con el artículo 702 del Código Civil, la tradición del dominio de bienes raíces se efectúa por la inscripción del título en el libro correspondiente del Registro de la Propiedad.

De las normas citadas se desprende que en la adquisición de inmuebles por declaratoria de utilidad pública, los títulos se deben instrumentar en escritura pública y luego inscribir en el Registro de la Propiedad, de conformidad con el inciso sexto del artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. En consecuencia, la instrumentación del título mediante el otorgamiento de la escritura pública, constituye un acto jurídico que proviene en forma directa del procedimiento de expropiación.

El numeral 1 del artículo 18 de la Ley Notarial, que ha citado el Presidente del Colegio de Notarios de Pichincha, en el oficio de 24 de octubre de 2011, dirigido al Asesor Jurídico de la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas, que fue referido en los antecedentes de este pronunciamiento, confiere a los Notarios, atribución para autorizar los actos y contratos a que fueren llamados y redactar las correspondientes escrituras.

El artículo 26 de la citada Ley Notarial define a la escritura pública como “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”. La misma norma dispone en el inciso segundo que: “Se otorgarán por escritura pública los actos y contratos o negocios jurídicos ordenados por la Ley o acordados por voluntad de los interesados.”

Sobre la misma materia, el artículo 1716 del Código Civil dispone que instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado; y que, otorgado ante notario, e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública.

La letra d) de la Disposición Transitoria Séptima del Código Orgánico de la Función Judicial, confiere al Consejo Nacional de la Judicatura competencia para fijar “las cuantías exigibles para las tasas notariales y remuneración por servicios notariales previo informe motivado de la unidad correspondiente, así como las demás resoluciones o instrucciones generales necesarias para el funcionamiento del sistema de tasas y mecanismos de remuneraciones por servicios notariales...”.

La Resolución No. 17 del Consejo Nacional de la Judicatura, publicada en el Suplemento del Registro oficial No. 575 de 14 de noviembre de 2011, establece las tasas por servicios notariales. El quinto considerando de la citada Resolución manifiesta que “el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, artículos 103 y 456, se prevé tratamientos especiales en el cobro de tasas por servicios notariales.”; y, sobre dicha base, el artículo 56 de la citada Resolución dispone: “Art. 56.-En los procedimientos de expropiación, a partir de la notificación de la declaratoria de utilidad pública, no se generarán sobre el bien, tasas por protocolización de los documentos o de los actos jurídicos que se produzcan”.

El artículo 456 del COOTAD sobre cuya aplicación trata su consulta, exonera a los Gobiernos Autónomos Descentralizados, del pago de toda clase de derechos y prestaciones patrimoniales, respecto de los actos jurídicos que se produzcan a partir de la declaratoria de utilidad pública. Las escrituras públicas que ins-

trumentan la transferencia de dominio de los inmuebles expropiados, son actos jurídicos derivados en forma directa de la declaratoria de utilidad pública.

Del análisis jurídico que precede se concluye que la adquisición de inmuebles por parte de instituciones del sector público mediante expropiación, está exenta del pago de los impuestos municipales de plusvalía y alcabala de conformidad con el octavo inciso del artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y la letra e) del artículo 534 del COOTAD; mientras que, aquellas expropiaciones efectuadas por los Gobiernos Autónomos Descentralizados, gozan además de la exención que establece a su favor el artículo 456 del COOTAD, por lo que están exoneradas del pago de impuestos, tasas, derechos o cualquier prestación patrimonial de registro, inscripción, o protocolización de los documentos o de los actos jurídicos a los que de lugar la expropiación.

En consecuencia, en atención a los términos de su consulta se concluye que, las escrituras públicas que tienen por objeto la transferencia de dominio de bienes inmuebles que se han expropiado por parte de la Municipalidad y sus empresas, son actos jurídicos que se producen como consecuencia de la declaratoria de utilidad pública que da inicio al procedimiento de expropiación; y, por lo tanto no generan el pago de derechos notariales por parte de la Municipalidad, que está exenta del pago de toda prestación patrimonial por tal concepto, de conformidad con los artículos 456 del COOTAD y 56 de la Resolución No. 17 del Consejo Nacional de la Judicatura, publicada en el Suplemento del Registro oficial No. 575 de 14 de noviembre de 2011.

OF. PGE. N°: 06019, de 19-01-2012

GARANTÍA DE BUEN USO DE ANTICIPO: TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN GUAYAQUIL

CONSULTAS:

“¿Es jurídicamente posible de acuerdo con el contenido del número 3 del artículo 83 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, solicitar la ejecución de una garantía de buen uso de anticipo, por no haberse devengado el anticipo de un contrato de obra que por razones técnicas se

ejecutó en menos cantidad de la prevista originalmente, anticipo no devengado que, una vez requerido en la parte proporcional por la entidad contratante, no es devuelto oportunamente por el contratista, sin que sea necesario que la entidad contratante dé por terminado unilateralmente el respectivo contrato?"

"¿La indicada disposición jurídica tiene alcance jurídico suficiente para proceder conforme a lo indicado en el párrafo anterior?"

BASES LEGALES:

Constitución Política del Ecuador Arts. 24 y 76 (derogada).

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Arts. 1, 73, 75, 92 y 94; y, 83, 111, 117 y 139 de su Reglamento.

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

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Art. 76.

Ley de Contratación Pública Arts. 69, 73 lits. b) y c), 74, 102, 104 y 105 (derogada); y, 83 num. 3, 98 de su Reglamento.

Ley General de Seguros Arts. 42 y 44 inc. 6.

Código Civil Art. 2238 y 2239.

PRONUNCIAMIENTO:

A fin de contar con mayores elementos de análisis, en forma previa a atender su consulta, mediante oficio No. 06507 de 16 de febrero de 2012, se requirió el criterio de la Superintendencia de Bancos y Seguros. Dicho requerimiento ha sido atendido por el Superintendente de Bancos y Seguros mediante oficio No. SBS-IDG-2012-319 de 10 de marzo de 2012, ingresado el 12 de marzo de 2012.

El informe del Procurador Síndico de esa Municipalidad, contenido en oficio No. DAJ-CON-2011-14890 de 14 de diciembre de 2011, cita el artículo 1 de la Resolución No. INCP 005-08, que contiene las disposiciones que regulan la conclusión de los procedimientos de contratación iniciados antes de la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y prevé que todo contrato otorgado antes de la vigencia de esa Ley Orgánica se registrará por las normas de derecho vigentes a la fecha de su celebración.

Añade el informe jurídico que en virtud de la citada Resolución, los diferentes contratos suscritos por la Municipalidad de Guayaquil, que se encuentran en proceso de liquidación, están sujetos a la derogada Codificación de la Ley de Contratación Pública, así como al Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, publicados el 22 de febrero de 2001 en el Registro Oficial No. 272 y el 19 de julio de 2002 en el Suplemento del Registro Oficial No. 622, respectivamente.

Con tal antecedente, el Procurador Síndico de la Municipalidad consultante cita el artículo 69 de la derogada Ley de Contratación Pública, relacionado con la garantía por anticipo, así como el numeral 3 del artículo 83 del derogado Reglamento de esa Ley que prevé los casos de ejecución de garantías, y argumenta que:

“El número 3 del artículo 83 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública condiciona la ejecución de la garantía de anticipo a que, efectuada la liquidación del contrato y requerido el contratista a devolver los valores no devengados de dicho anticipo, no lo hiciere.”; y, añade: “El texto del artículo no condiciona la ejecución de la garantía de anticipo a que previamente se haya declarado la terminación unilateral del contrato...”.

El informe jurídico de la Municipalidad consultante agrega que:

“...la garantía de buen uso del anticipo constituye la expresión de una política pública orientada a asegurar el buen uso de los recursos públicos, que son recursos ciudadanos, en el marco específico de una ejecución contractual. Por consiguiente, trátase de una garantía que tutela en forma amplia un elemento de interés general: el buen uso de los recursos públicos. Por contrario sensu, el mal uso del anticipo por el contratista debe dar lugar a la ejecución de tal póliza. Consecuente con la amplitud del objeto de la garantía los recursos que se entregan a título de anticipo no deben ser usados para fines distintos de la ejecución contractual respectiva. Ello es claro. Pudiera darse el caso en que un contratista público transitoriamente desvíe el uso de los recursos públicos entregados a título de anticipo... Es posible que la distracción temporal – por ejemplo, por falta de liquidez del contratista para la ejecución de otro contrato – en el uso del anticipo no genere colapso de la ejecución contractual, y por ello no conduzca a la entidad contratante a la terminación unilateral del contrato por incumplimiento. Pero también podría darse el caso de que la distracción en el uso del anticipo haya llevado al incumplimiento contractual, pero el contratista remedió el incumplimiento en el tiempo previsto jurídicamente para justificar la mora o remediar el incumplimiento. En ambos casos, desde el punto de vista del objeto de la garantía, la garantía de buen uso del anticipo debiera ejecutarse por haberse hecho un mal uso del anticipo, no obstante no haberse terminado el contrato por incumplimiento del contratista. Recuérdese además que la terminación unilateral del contrato por incumplimiento del contratista no es una obligación sino una facultad. Pues pudiera ser que en función de un análisis costo-beneficio la entidad contratante resuelva no terminar el contrato”.

El Procurador Síndico de la Municipalidad de Guayaquil, cita además el fallo de 20 de julio de 2004, de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, que con relación a la garantía del anticipo, en su considerando segundo expone que:

“...es evidente que esta garantía de anticipo cubre una situación totalmente distinta de la de cumplimiento del contrato principal de construcción. Por ello que en la Ley aplicable al caso, en independiente norma, la del Art. 74 de la Ley de Contratación Pública, legisla todo lo referente a la garantía de anticipo, totalmente, como se dijo antes, del objeto que asegura como de la posibilidad de ser ejecutada. De ahí que pretender que las frases que antes se transcriben disponen que la garantía de anticipo solo puede ser efectivizada cuando existe una previa declaración unilateral de terminación del contrato es un serio error, pues da carácter general a una situación de carácter específico en relación con la institución de la garantía de anticipo; esta clase de garantía sustancialmente permite asegurar el cumplimiento del objeto del contrato de anticipo de allí que tenga una muy marcada diferencia forma de ser rendida y una forma diferente de cumplimiento. Es así que siendo destinada dicha garantía a asegurar el buen uso de anticipo la misma bien podría ser ejecutada cuando el contratista, a pesar de encontrarse cumpliendo a cabalidad el objeto del contrato principal, sin embargo hubiere utilizado el valor del anticipo en fines distintos de aquel para los cuales este fue concebido, circunstancia esta que como se verá de ninguna manera obliga que se haya declarado la terminación unilateral del contrato para que se haga efectiva la garantía como se pretende. Sostener que ha habido errónea interpretación del Art. 105 de la Ley de Contratación Pública porque los casos traídos a modo de ejemplo no corresponden a la situación jurídica que se trata de ejemplificar es antijurídico e inaceptable; en consecuencia no habiendo errónea interpretación del Art. 105 de la Ley de Contratación Pública en la sentencia, tal alegación no puede servir de fundamento del recurso.”

El considerando tercero del fallo, añade: “...refiriéndonos al texto del Art. 98 del Reglamento a la Ley aplicable al caso, cabe señalar que el mismo preceptúa que las garantías previstas por la ley se ejecutarán en los casos contemplados por ella con sujeción a las siguientes normas: “3. La garantía de anticipo será ejecutada cuando, efectuada la liquidación del contrato y requerido al contratista a devolver los valores no devengados de dicho anticipo, no lo hiciere;... Dicho texto reglamentario y en consecuencia que no puede modificar el texto de la ley, hay que entenderlo dentro de la materia que pretende reglamentar y así, cuando se refiere “efectuada la liquidación del contrato” ha de entenderse el contrato de anticipo; que como señalamos anteriormente es totalmente diferente del contrato de construcción, razón por la cual naturalmente la garantía de anticipo es otra y

totalmente diferente de la garantía de cumplimiento del contrato principal; y esto porque conforme hemos dejado señalado, el anticipo no forma parte de la naturaleza del contrato principal de construcción a tal punto que en un contrato de construcción, puede o no acordarse la concesión de un anticipo y tal concesión está dirigida a un sujeto concreto distinto del objeto del contrato de construcción, que quizás ayuda a su cumplimiento pero que conforme se señaló es diferente en cuanto a su naturaleza del principal de construcción. Pretender que se refiere la norma reglamentaria no a la liquidación del contrato de anticipo sino a la liquidación total del contrato efectuado evidentemente es una generalización inaceptable, pues significaría que la suerte del contrato principal está necesariamente ligada a la suerte del buen uso del anticipo lo que constituiría un evidente error de lógica y que llevaría a la absurda conclusión de que una garantía distinta a la de cumplimiento carecería de sentido. En consecuencia, lo obligatorio para hacer efectiva la garantía de buen uso de anticipo es la liquidación del anticipo entregado al contratista de allí que la condición relevante para justificar la ejecución de la garantía era la presentación de la liquidación correspondiente del contrato de anticipo y no de ninguna manera la liquidación total del contrato de construcción...”

Sobre dicha base, el informe del Procurador Síndico concluye que:

“...si bien la regla general, y por ende lo común, es que la ejecución de la garantía de buen uso del anticipo se realice luego de concluido el contrato por incumplimiento del contratista, atenta la naturaleza y amplitud del objeto de la garantía de buen uso del anticipo es posible que la misma se ejecute válidamente sin que sea requisito indispensable para tal ejecución la terminación unilateral del contrato por incumplimiento del contratista. Por lo mismo, en mi concepto es jurídicamente posible solicitar la ejecución de una garantía de buen uso de anticipo, entre otros, por no haberse devengado el anticipo de un contrato de obra que por razones técnicas se ejecutó en menos cantidad de la prevista originalmente, anticipo no devengado que, una vez requerido en la parte proporcional por la entidad contratante, no es devuelto oportunamente por el contratista, sin que sea necesario que la entidad contratante dé por terminado unilateralmente el respectivo contrato.”

Por su parte, el Superintendente de Bancos y Seguros en el oficio No. SBS-JDG-2012-319, al que se hizo referencia en los antecedentes de este pronunciamiento, cita los artículos 24 y 76 de la Constitución Política de 1998, los artículos 69, 104 y 105 de la derogada Ley de Contratación Pública y 83 de su Reglamento General, referidos a la garantía de buen uso del anticipo y la terminación unilateral de los contratos; y, el inciso 6 del artículo 44 de la Ley General

de Seguros que establece que para el cobro de la fianza, el asegurado deberá proceder de acuerdo con lo que la ley, la obligación principal y la póliza establezcan en lo pertinente a la notificación y trámite, añadiendo que se adjuntarán los documentos que acrediten el incumplimiento a lo que se refiera a la obligación afianzada, así como a la naturaleza y monto del reclamo. Sobre dicha base normativa, el Superintendente de Bancos y Seguros concluye:

“Las disposiciones constitucionales, legales, reglamentarias o de cualquier otro orden jurídico deben ser aplicadas no de manera aislada sino buscando que sus contenidos y prescripciones guarden conformidad y armonía con todo el ordenamiento jurídico de tal forma que en los procedimientos administrativos se cumplan los requisitos establecidos en el ordenamiento legal respectivo. En la especie, la ejecución de una garantía no constituye acto independiente; es sin duda el resultado de un proceso integral reglado y establecido en el marco jurídico antes invocado, lo que nos permite concluir que al amparo de la legislación de orden público citada no es posible ejecutarla sin que previamente la entidad contratante haya resuelto mediante acto administrativo motivado la terminación del respectivo contrato”.

En relación a la segunda consulta, la Superintendencia de Bancos y Seguros manifiesta:

“En virtud de lo expuesto en líneas precedentes (sic) considero que la disposición reglamentaria invocada en el texto de la consulta, esto es el numeral 3 del artículo 83 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública no constituye base legal y fundamento jurídico suficiente para proceder conforme menciona la entidad consultante, esto es sin que sea necesario que se de por terminado unilateralmente el respectivo contrato obviando un procedimiento administrativo tutelado, reglado y sometido al debido proceso en sede Administrativa”.

El análisis de la consulta exige considerar que, de conformidad con el artículo 2238 del Código Civil, la garantía o fianza “es una obligación accesoria en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple...” El artículo 2239 ibídem, prevé que la fianza puede ser convencional, legal o judicial.

Tanto la derogada Ley de Contratación Pública, como la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establecen un sistema de garantías

que tienen por finalidad afianzar el cumplimiento de obligaciones específicas por parte de los contratistas frente a la entidad contratante.

Las garantías se deben rendir por el contratista en forma previa a la suscripción del contrato; y, se pueden otorgar en cualquiera de las formas previstas en la ley (artículo 73 de la derogada Ley de Contratación Pública y 73 de la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública), entre ellas: garantía bancaria, póliza de seguro, hipoteca de bienes raíces y depósitos de bonos.

Para el caso de las garantías bancarias y pólizas de seguros, las letras b) y c) del citado artículo 73 de la derogada Ley de Contratación Pública, reconocían a dichas garantías, el carácter de incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato.

En similar forma, el inciso final del artículo 73 de la vigente Ley, prevé para el caso de garantía bancaria y póliza de seguro, que “no admitirán cláusula alguna que establezca trámite administrativo previo, bastando para su ejecución, el requerimiento por escrito de la entidad beneficiaria de la garantía. Cualquier cláusula en contrario, se entenderá como no escrita.”

En concordancia, el inciso sexto del reformado artículo 42 de la Ley General de Seguros, dispone: “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 empresas 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 término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes al pedido por escrito en que el asegurado o el beneficiario le requieran la ejecución.”

En virtud de que la consulta se refiere a contratos suscritos al amparo de la derogada Ley de Contratación Pública, es pertinente considerar que el artículo 69 de esa Ley, con respecto a garantía del anticipo, disponía que: “Si por la forma de pago establecida en el contrato, la entidad debiera otorgar anticipos de cualquier naturaleza, sea en dineros, giros a la vista u otra forma de pago, el contratista para recibir el anticipo, deberá rendir previamente garantías por igual valor del anticipo, que se reducirán en la proporción que se vaya amortizando aquél o se reciban provisionalmente los bienes...” Idéntica previsión consta en el artículo 75 de la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, en el artículo 139 de su Reglamento se dispone que “la amortización del anticipo se realizará en cada planilla de avance, descontando de ellas, el porcentaje de anticipo contractual que haya sido entregado...”.

El artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, dispone que: “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...”

El carácter de los anticipos, como recursos públicos ha quedado determinado con absoluta claridad por el segundo inciso del artículo 76 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que dispone: “Los anticipos correspondientes a la contratación pública no pierden su calidad de recursos públicos, hasta el momento de ser devengados...”

En concordancia, el artículo 44 de la citada Ley General de Seguros, que no ha sido reformado y que por tanto estaba vigente al tiempo en que regía la derogada Ley de Contratación Pública dispone que: “El afianzado está obligado a mantener en vigencia la póliza, de acuerdo a las disposiciones legales o contractuales a las que accede, hasta el total cumplimiento de las obligaciones garantizadas.”

Con respecto a la póliza de seguro que garantiza el anticipo, el inciso cuarto del citado artículo 44 de la Ley General de Seguros dispone que: “En las fianzas por anticipos, la suma asegurada se reducirá a medida que se los vaya devengando.”

De las normas hasta aquí citadas se desprende que las garantías que los contratistas del Estado deben rendir de conformidad con la Ley, son fianzas legales que aseguran el cumplimiento de obligaciones específicas respecto de la entidad contratante. En el caso de la garantía del anticipo, asegura que los recursos públicos en que el anticipo consiste y que se entregan al contratista por cuenta del contrato, van a ser destinados a la ejecución del objeto de la contratación.

El valor de la garantía por el anticipo se reduce conforme este se amortiza, según el artículo 69 de la derogada Ley de Contratación Pública (artículos 75 de la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 139 de su Reglamento) y en el caso de garantía otorgada mediante póliza, según el cuarto inciso del artículo 44 de la Ley General de Seguros.

En consecuencia, la garantía por el anticipo se devuelve al contratista cuando el anticipo ha sido devengado en su totalidad pues en tal evento no existiría la obligación específica que afianza.

La liquidación del anticipo se puede efectuar antes de la terminación del contrato, con la finalidad de determinar el valor en que ha sido devengado y reducir en forma proporcional el valor de la garantía; o, para devolver la garantía, aún cuando el plazo del contrato no hubiere concluido, si durante la ejecución del contrato el anticipo hubiere sido totalmente amortizado.

Con respecto a la ejecución de la garantía del anticipo, el artículo 83 del derogado Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, disponía que: "...3. La garantía de anticipo será ejecutada cuando, efectuada la liquidación del contrato y requerido el contratista a devolver los valores no devengados de dicho anticipo, no lo hiciera...".

Nótese que la norma reglamentaria transcrita no alude a ningún tipo específico de terminación del contrato, pues la liquidación final del contrato se efectúa según el artículo 117 del citado Reglamento "En toda terminación de contrato". En concordancia, el artículo 111 *ibidem*, disponía:

"Art. 111.- Liquidación final del contrato.- En la liquidación económico - contable del contrato, se dejará constancia de lo ejecutado, se determinarán los valores que haya recibido el contratista, los que queden por entregársele o los que le deban ser deducidos o deba devolver, por cualquier concepto, aplicando los reajustes correspondientes. A este efecto, podrá procederse a las compensaciones a que hubiere lugar...". Similar disposición, en relación con la liquidación final del contrato, consta en el artículo 125 del vigente Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La liquidación final del contrato se practica cuando el contrato ha terminado; y, consiste en realizar un balance de cuentas entre los contratantes, que tiene por finalidad determinar qué debe cada parte a la otra, cuánto y por qué concepto. Dicha liquidación final del contrato deberá incluir el anticipo, si éste no hubiere sido devengado en su totalidad.

Las causas de terminación de los contratos, según los artículos 102 de la derogada Ley de Contratación Pública y 92 de la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, son las siguientes:

1. Por cumplimiento de las obligaciones contractuales;
2. Por mutuo acuerdo de las partes;
3. Por sentencia ejecutoriada o laudo que declaren la nulidad o resolución del contrato.

4. Por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista;
5. Por muerte del contratista o por disolución de la persona jurídica contratista que no se origine en decisión interna voluntaria de los órganos competentes de tal persona jurídica.

Dromi explica que: “La finalización o conclusión del contrato administrativo puede obedecer a causas normales o anormales. En las primeras estamos en presencia de una relación jurídica que finaliza regularmente, conforme a lo previsto con antelación cumplimiento del objeto y expiración del término. En las segundas, la relación jurídica contractual no se extingue por causas previstas anteriormente, sino por motivos que sobrevienen en contratos en curso de ejecución y que súbitamente le ponen fin: caducidad, rescate, rescisión, muerte, quiebra, renuncia. Las consecuencias que se derivan de una u otra circunstancia son distintas.”

En igual sentido, Marienhoff señala que “los contratos ‘administrativos’ pueden terminar o hallar fin por dos distintas razones: 1º ‘cesación de sus efectos’; 2º por su ‘extinción’. De modo que una cosa es que el contrato ‘cese en sus efectos’ y otra diferente que dicho contrato sea ‘extinguido’. En el primer supuesto el contrato termina ‘normalmente’ y en el segundo concluye en forma ‘anormal’.”

El artículo 105 de la derogada Ley de Contratación Pública (94 de la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública) prevén que, la terminación unilateral del contrato dará derecho a la entidad a ejecutar, si fuere del caso, la garantía por el anticipo, en la parte que corresponda, es decir en la parte del anticipo que no hubiere sido devengada.

Del análisis que precede se concluye que, atento el carácter de recursos públicos que tienen los valores entregados como anticipo a los contratistas, según los artículos 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y 76 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, la ejecución de la garantía que los afianza, procede cuando el anticipo no hubiera sido devengado en su totalidad, y por tanto puede producirse en los siguientes escenarios:

- a) Como consecuencia de la declaración de terminación unilateral y anticipada por parte de la entidad contratante, que según el artículo 105 de la derogada Ley de Contratación Pública (94 de la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública), da lugar a la liquidación de las obligaciones de las partes, en el estado en que se encuentren, debiéndose incluir en la liquidación final del contrato, de ser el caso, el monto del anticipo que no hubiere sido devengado; y,

b) En los demás casos de terminación normal o anormal del contrato, cuando hubieren valores no devengados del anticipo que se determinaren en la liquidación final del contrato y que el contratista no devolviera luego de ser requerido por la entidad contratante, según el numeral 3 del artículo 83 del derogado Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, los artículos 111 y 117 *ibídem* y 76 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

Es pertinente reiterar que, los valores entregados por concepto de anticipo a los contratistas, son recursos públicos de conformidad con el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que no pierden esa calidad hasta ser totalmente devengados, según el artículo 76 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, lo que determina la obligación legal de la entidad contratante de recuperar dichos recursos en todo caso en que el anticipo no se hubiere devengado, independientemente de la forma en que el contrato hubiere terminado.

En consecuencia, en cualquier caso en que el contrato termine, se habilita a la entidad contratante a ejecutar la garantía del anticipo, siempre que éste no hubiere sido totalmente devengado, por lo que la terminación unilateral no es el único caso ni constituye requisito para solicitar la ejecución de la garantía por tal concepto, sino que procede siempre que se dé por terminado el contrato, cuando el contratista no ha devengado la totalidad del anticipo. Huelga decir que, para la terminación del contrato deberá observarse el procedimiento que corresponda, según la causa que la motive.

El presente pronunciamiento no se refiere a ningún contrato en específico, sino exclusivamente a la inteligencia y aplicación de las normas que regulan la ejecución de la garantía de anticipo.

OF. PGE. N°: 07336, de 11-04-2012

IMPUESTO A LOS VEHÍCULOS: DOMICILIO PARA EL PAGO

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN CHUNCHI

CONSULTA:

“Si es procedente que el Gobierno Autónomo Descentralizado de Chunchi pueda aplicar en su beneficio y atento a la ordenanza correspondiente la recaudación del impuesto a los vehículos registrados con su domicilio en el Cantón Chunchi, puesto que en la actualidad la Agencia de Datos de la Comisión Nacional de Tránsito con sede en el Cantón Alausí viene exigiendo que el impuesto sea pagado en el GAD Municipal de Alausí con sustento en la norma contenida en el Art. 542 del COOTAD, a nuestro criterio haciendo una interpretación errónea del término ‘donde está registrado el vehículo’, pues la intención del legislador fue la de residencia o domicilio del titular de dominio del vehículo”.

BASES LEGALES:

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 6 inc. 3, 113, 130, 154, 491 lit. d), 538, 539 y 542.

Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial Arts. 13 lit. b), 15, 29 num. 22, 31 al 36, 102, 103, 113, 115, 130 y Disp. Trans. Vigésima Cuarta ; y, 13 num. 6 y 150 de su Reglamento.

Código Tributario Art. 59.

Código Civil Art. 45.

Ley Orgánica de Régimen Municipal Arts. 359, 373 y 377 (derogada).

PRONUNCIAMIENTO:

Como motivo de la consulta que sobre idéntica materia realizó el Gobierno Autónomo Descentralizado de Gualaquiza, mediante oficio No. 02039 de 26 de mayo de 2011, se solicitó el criterio institucional del Director Ejecutivo Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial. Dicho requerimiento fue atendido por el Director Ejecutivo en oficio No. 0001925-DE-ANT-2011 de 24 de octubre de 2011, al que adjunta el informe No. 0280-DAJ-2011-ANT de 5 de octubre de 2011, suscrito por el Director de Asesoría Jurídica de la Agencia, ingresados a esta Procuraduría el 24 de octubre del año 2011.

El informe del Procurador Síndico Municipal, contenido en oficio No. 365-DJMCH de 20 de diciembre de 2011, adjunto a su oficio de consulta, cita el artículo 542 del COOTAD y argumenta lo siguiente:

“La idea del legislador, al establecer este tipo de impuesto, fue la de recompensar las inversiones efectuadas en el mejoramiento vial urbano; y, por tanto el registro de aquellos vehículos consta con el domicilio o residencia que fije el contribuyente en el lugar donde ordinariamente circula; por tanto, en cada ficha o registro consta plenamente determinado aquella dirección y, por tanto esa es la información a ser considerada para aplicar la normativa invocada”.

Con tales antecedentes, el Procurador Síndico Municipal de Chunchi, en su oficio No. 365-DJMCH de 20 de diciembre de 2011, concluye con el siguiente criterio jurídico:

“Lo contrario y, que es la práctica que está implementando la Comisión Nacional de Tránsito es vulnerar el contenido del Artículo 6 del COOTAD que, garantiza la autonomía municipal y, prohíbe que ninguna función del Estado ni Autoridad extraña pueda interferir en la autonomía política, administrativa y financiera propia de los GADs estándoles especialmente prohibido d) “Privar a los Gobiernos Autónomos Descentralizados de alguno o parte de sus ingresos reconocidos por ley o hacer participar de ellos a otra entidad...”; y, al ser, este impuesto un beneficio que paga el contribuyente a favor del GAD al que pertenece por su residencia y lugar en el que vehículo circula (sic), más no un beneficio para otra jurisdicción por más que en aquella este ubicada la delegación u oficina en la que se tramite su matriculación, constituyendo una forma de generar sus propios recursos conforme la ley para su auto sustentabilidad y el mantenimiento vial urbano.

Por lo (que) estimo que la inobservancia a esta normativa acarrearía una causalidad de nulidad del acto generado y la correspondiente destitución del funcionario responsable en armonía con lo dispuesto en el inciso 3 del Art. 6 del COOTAD, razón por la que se debe aceptar el pago efectuado según el catastro municipal del GAD Chunchi, y no exigir el pago en Alausí u otra ciudad”.

El informe No. 0280-DAJ-2011-ANT de 5 de octubre de 2011, suscrito por el Director de Asesoría Jurídica de la Agencia Nacional de Tránsito, cita los artículos 103 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, y 13 numeral 6 de su Reglamento, que asignan a esa Agencia, sus Unidades Administrativas y a los GADs, competencia para emitir la matrícula; y, al Director Ejecutivo de la Agencia Nacional de Tránsito, atribución para diseñar y mantener el Registro Nacional de matrículas y títulos de propiedad de los vehículos.

Añade el informe de la Agencia Nacional de Tránsito que: “El artículo 538 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, establece el impuesto anual a los vehículos cuya base imponible corresponde al avalúo

de los vehículos que se encuentren registrados en el Servicio de Rentas Internas, Agencia Nacional de Tránsito y Comisión de Tránsito del Ecuador y se lo deberá pagar en el cantón en donde esté registrado el vehículo, según el artículo 542 de la misma norma”; y, concluye con el siguiente criterio:

“En consecuencia, de acuerdo a las normas jurídicas invocadas anteriormente, el lugar en el que se deberá efectuar el pago del impuesto a los vehículos es donde aquellos sean registrados. El acto mediante el cual se registra un automotor es la matriculación, como lo establece el artículo 103 de la LOTTTSV. En el caso particular, el Gobierno de Gualaquiza no está facultado para matricular vehículos y realizar el registro correspondiente, puesto que no ha asumido las competencias de regulación y control del transporte terrestre, conforme lo dispuesto por el COOTAD; por lo cual tampoco puede realizar directamente el cobro del impuesto señalado en el artículo 538 del mismo Código”.

El artículo 13 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, dispone que son órganos con competencia en esa materia, los siguientes: a) El Ministerio del Sector; b) La Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial y sus órganos desconcentrados; y, c) Los Gobiernos Autónomos Descentralizados Regionales, Metropolitanos y Municipales y sus órganos desconcentrados.

La rectoría general del sistema nacional de transporte terrestre, tránsito y seguridad vial le corresponde al Ministro del Sector, de conformidad con lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 130 del COOTAD y el artículo 15 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial; y, de conformidad con el artículo 29 numeral 22 de la citada Ley Orgánica, al Director Ejecutivo de la Agencia Nacional de Tránsito le compete la atribución de “Disponer la creación, control y supervisión de los registros nacionales sobre transporte terrestre, tránsito y seguridad vial”.

Por su parte, la letra d) del artículo 491 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, entre los impuestos municipales, incluye al impuesto sobre los vehículos; y, los artículos 538 a 542 del indicado Código, que regulan dicho impuesto, disponen lo siguiente:

“Art. 538.- Forma de Pago.- Todo propietario de todo vehículo deberá satisfacer el impuesto anual que se establece en este Código.

Comenzando un año se deberá pagar el impuesto correspondiente al mismo, aún cuando la propiedad del vehículo hubiere pasado a otro dueño, quién será responsable si el anterior no lo hubiere pagado.

Previo la inscripción del nuevo propietario en la jefatura de tránsito correspondiente se deberá exigir el pago de este impuesto”.

De la norma transcrita se desprende que el sujeto pasivo del impuesto municipal a los vehículos es el propietario o dueño del automotor; y, la base imponible del tributo, según el artículo 539 del COOTAD, es el avalúo que conste registrado en el Servicio de Rentas Internas y en la jefatura provincial de tránsito correspondiente.

El artículo 542 del COOTAD, sobre cuya aplicación trata su consulta dispone: “Art. 542.- Lugar del Pago.- El impuesto se lo deberá pagar en el cantón en donde esté registrado el vehículo”.

A la consulta se ha acompañado copia de “La Ordenanza de aplicación y cobro del impuesto al rodaje de vehículos dentro del cantón Chunchi”, publicada en el Registro Oficial No. 547 de 18 de marzo del 2005, emitida con fundamento en los “artículos 373 y 377 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal”, que antes de la expedición del COOTAD regulaban el impuesto al rodaje de vehículos.

El contenido de su consulta, exige considerar que de conformidad con el artículo 113 del COOTAD, las competencias son “capacidades de acción de un nivel de gobierno en un sector. Se ejercen a través de facultades. Las competencias son establecidas por la Constitución, la ley y las asignadas por el Consejo Nacional de Competencias”.

En cuanto a las competencias concurrentes, el artículo 115 del citado Código Orgánico, dispone que: “son aquellas cuya titularidad corresponde a varios niveles de gobierno en razón del sector o materia, por lo tanto deben gestionarse obligatoriamente de manera concurrente...”.

Con relación a la competencia en materia de tránsito y transporte, el artículo 130 del COOTAD, confiere a los GADs atribución para planificar, regular y controlar el tránsito, transporte y seguridad vial dentro de su territorio cantonal; el inciso cuarto del mismo artículo dispone que: “Los gobiernos autónomos descentralizados municipales definirán en su cantón el modelo de gestión de la competencia de tránsito y transporte público, de conformidad con la ley, para lo cual podrán delegar total o parcialmente la gestión a los organismos que venían ejerciendo esta competencia antes de la vigencia de este Código...”.

El artículo 102 de la citada Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, dispone que:

“Art. 102.- Al propietario del vehículo se le otorgará una sola matrícula del automotor, que será el documento habilitante para su circulación por las vías del país, y en ella constará el nombre del propietario, las características y especificaciones del mismo y el servicio para el cual está autorizado.

La matrícula del vehículo registra el título de propiedad. La Comisión Nacional o sus órganos desconcentrados conferirán certificaciones sobre la propiedad del vehículo”.

De conformidad con el artículo 103 reformado de la citada Ley Orgánica, “La matrícula será emitida en el ámbito de sus competencias por la Agencia Nacional de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, sus Unidades Administrativas o por los GADs, previo el pago de las tasas e impuestos correspondientes y el cumplimiento de los requisitos previstos en el Reglamento. El documento que acredite el contrato de seguro obligatorio para accidentes de tránsito, será documento habilitante previo para la matriculación y circulación de un vehículo”.

Por su parte, el inciso final del artículo 150 del Reglamento a la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, dispone:

“La matrícula será emitida por las Comisiones Provinciales, previo el pago de todas las tasas e impuestos vigentes y el cumplimiento de los procedimientos contemplados en el Manual respectivo emitido por la Comisión Nacional”.

Ni el COOTAD, ni la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, prevén los casos en los que corresponde a los GADs emitir matrículas; sin embargo, la Disposición Transitoria Octava de la citada Ley Orgánica Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, prevé que: “Los municipios que actualmente ejerzan competencias en materia de transporte terrestre, tránsito y seguridad vial, en virtud de procesos de descentralización, continuarán ejerciéndolas, sujetándose a las disposiciones de la Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico de Organización Territorial y Descentralización”.

La Transitoria Décimo Octava ibídem, determina que: “Los Gobiernos Autónomos Descentralizados Regionales, Metropolitanos y Municipales asumirán las competencias en materia de planificación, regulación, control de tránsito, transporte terrestre y seguridad vial, una vez que hayan cumplido con el procedimiento establecido en el COOTAD. Hasta tanto la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, ejercerá tales competencias”.

El artículo 154 del COOTAD, que establece el procedimiento de transferencia de competencias a los GADs, le asigna atribución al Consejo Nacional de Competencias para expedir una resolución motivada que debe contener el detalle de las competencias, talentos humanos y recursos financieros, materiales y tecnológicos transferidos que de conformidad con la letra d) de dicha norma, entrará en vigencia desde su publicación en el Registro Oficial, y se expedirá sobre la base de los informes habilitantes que prevé la letra a) del mismo artículo, referidos al estado de situación de la ejecución y cumplimiento de las competencias a ser descentralizadas y un informe de la capacidad operativa de los gobiernos autónomos descentralizados para asumir las nuevas competencias.

Según la letra b) del artículo 13 reformado de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, actúa a través de sus órganos desconcentrados.

Es pertinente considerar que los artículos 31 a 36 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, que regulaban el funcionamiento y atribuciones de las Comisiones Provinciales de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, fueron derogadas por la Ley reformativa, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 415 de 29 de marzo del 2011, que creó la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, como ente encargado de la regulación, planificación y control del transporte terrestre, tránsito y seguridad vial en el territorio nacional, que reemplazó a la Comisión Nacional de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial.

En consecuencia, las disposiciones de la citada Ley, que asignan atribuciones para emitir matrículas, a las Comisiones Provinciales, deben ser entendidas en el contexto de la Ley reformativa, que confieren dichas atribuciones a la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial y sus órganos desconcentrados.

La letra b) del artículo 30 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, prevé que constituyen recursos de la Agencia Nacional de Tránsito "b) Los provenientes de los derechos por el otorgamiento de matrículas, placas y títulos habilitantes para la operación de servicios de transporte, tránsito y seguridad vial en el ámbito nacional que no incluyan las jurisdicciones regionales, metropolitanas y municipales que asuman las competencias respectivas"; y, el inciso final del mismo artículo establece que: "Los recursos mencionados en el literal b) serán distribuidos automáticamente conforme lo establezca el Consejo

Nacional de Competencias una vez que los Gobiernos Autónomos Descentralizados asuman las competencias respectivas...”.

El ordenamiento jurídico constituye una unidad en la que cada una de sus partes debe guardar armonía con las demás, por ello, a fin de ilustrar el tema, es pertinente considerar que en materia de infracciones de tránsito, también se hace referencia a la autoridad competente para efectuar el registro del vehículo, cuando se dispone en la letra o) del artículo 139 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, que constituye contravención leve de primera clase, la siguiente: “o) El comprador de un vehículo automotor que no registre, en el organismo de tránsito correspondiente, el traspaso de dominio del bien, dentro del plazo de treinta días, contado a partir de la fecha del respectivo contrato...”.

El domicilio fue establecido como lugar de pago del impuesto municipal a los vehículos, por el artículo 359 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal; sin embargo, la norma vigente, contenida en el artículo 542 del COOTAD, no contiene tal previsión y por el contrario, determina que el impuesto a los vehículos se lo debe pagar en el cantón en que esté registrado el vehículo, que puede o no coincidir con aquel en el que su propietario tenga su domicilio.

De conformidad con el artículo 59 del Código Tributario, “Para todos los efectos tributarios, se tendrá como domicilio de las personas naturales, el lugar de su residencia habitual o donde ejerzan sus actividades económicas; aquel donde se encuentren sus bienes, o se produzca el hecho generador”.

El artículo 45 del Código Civil, define al domicilio como la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella; y, el artículo 56 *ibídem*, prevé que: “El domicilio parroquial, cantonal, provincial o relativo a cualquiera otra sección del territorio, se determina principalmente por las leyes y decretos que constituyen derechos y obligaciones especiales para objetos particulares de gobierno, policía y administración, en las respectivas parroquias, cantones, provincias, etc.; y se adquiere o pierde conforme a dichas leyes o decretos. A falta de disposiciones especiales en dichas leyes o decretos, se adquiere o pierde según las reglas de este Título”.

Finalmente, resulta oportuno considerar que la Vigésima Cuarta Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial dispone que la Agencia Nacional de Tránsito y sus organismos desconcentrados, la Dirección Nacional de Control del Tránsito y Seguridad Vial, la Comisión de Tránsito del Guayas y los Gobiernos Autónomos Descentralizados Regionales,

Metropolitanos o Municipales, están obligados a compartir la información de la que dispongan dentro del ámbito de su competencia.

Del análisis jurídico que precede, se desprende que de conformidad con el artículo 102 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, el registro sobre la propiedad del vehículo consta en la matrícula, que según los artículos 103 de esa Ley y 150 de su Reglamento, debe ser otorgada por el respectivo organismo de tránsito, es decir por la Agencia Nacional de Tránsito y sus órganos desconcentrados, de conformidad con la Disposición Transitoria Décimo Octava de esa Ley, hasta que los GADs asuman las competencias en materia de planificación, regulación, control de tránsito, transporte terrestre y seguridad vial, una vez que hayan cumplido con el procedimiento establecido en el COOTAD.

En consecuencia, el lugar donde debe pagarse el impuesto sobre los vehículos, de conformidad con lo previsto en el artículo 542 del COOTAD, es el lugar en que ha sido otorgada la matrícula del vehículo, por parte del organismo de tránsito correspondiente, pues la matrícula, según el artículo 102 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, es el documento que registra la propiedad del automotor, registro que constituye el hecho generador del tributo, y se otorga según el artículo 103 de la misma Ley y artículo 150 de su Reglamento, por la Agencia Nacional de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial y sus Unidades Administrativas o por los GADs.

De conformidad con la Transitoria Octava de la Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, la Municipalidad consultante podrá asumir competencia para otorgar matrículas, una vez que se cumpla el procedimiento de transferencia de competencias establecido en el artículo 154 del COOTAD, al que antes se hizo referencia.

No corresponde en consecuencia, considerar el domicilio del propietario del vehículo, para efectos del pago del impuesto municipal que lo grava, sino el lugar en el que el automotor hubiere sido registrado por las autoridades de tránsito, conforme se ha analizado en el presente pronunciamiento, esto es por la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, sus órganos desconcentrados y los GADs a los que se hubiere transferido dicha competencia, quienes al momento de la matriculación cobran al contribuyente el impuesto que motiva su consulta, conforme lo prevé el artículo 103 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial.

En similares términos me pronuncié mediante oficio No. 04641 de 9 de noviembre de 2011, en atención de la consulta formulada por el Alcalde del Gobierno Municipal de Gualaquiza.

Respecto a la procedencia de que el Gobierno Autónomo Descentralizado de Chunchi, cobre el impuesto a los vehículos en base de la “La Ordenanza de aplicación y cobro del impuesto al rodaje de vehículos dentro del cantón Chunchi”, publicada en el Registro Oficial No. 547 de 18 de marzo del 2005, conforme señalé previamente, dicha normativa fue emitida con fundamento en los artículos 373 y 377 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (Se refiere a la Ley Orgánica de Régimen Municipal publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 331 de 15 de octubre de 1971), actualmente derogada, por lo que Municipalidad de Chunchi deberá reformar la indicada Ordenanza para que guarde armonía con el vigente Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

OF. PGE. N°: 05849, de 09-01-2012

IMPUESTO PREDIAL: EXONERACIÓN DE PAGO A INSTITUCIONES DE BENEFICENCIA

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN SUCÚA

CONSULTA:

“¿Es legal y procedente que los predios o bienes inmuebles y las construcciones y edificios de las congregaciones religiosas de diversa índole creadas como personas jurídicas ubicadas en el cantón Sucúa- área urbana- destinadas a sus fines y objeto social como instituciones educativas, de catequesis, centros ocupacionales, hospitales, asilos y otras actividades son instituciones de beneficencia o asistencia social de carácter particular, consecuentemente están exoneradas del pago del impuesto del predio urbano?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 301.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Art. 509 lit. c).

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Art. 94.

Código Tributario Art. 68.

D. E. N° 1682, R. O. N° 365 de 20-01-2000 Arts. 13, 17 y 22.

PRONUNCIAMIENTO:

Al oficio de consulta se anexa copia del informe del Procurador Síndico Municipal, que consta en el oficio No. 036-DJ-GMCS- 2012 de 23 de febrero de 2012, quien expresa lo siguiente:

“En consideración a la reforma de los Estatutos de la “Sociedad de Madres Salesianas”- Acuerdo No. 754, Estatuto del Vicariato Apostólico de Méndez y Gualaquiza- Misión de los Padres Salesianos, el Contrato entre el Gobierno Nacional de la República del Ecuador y las misiones católicas del Ecuador de 21 de octubre de 2009, el Modus Vivendi con la Santa Sede, el Decreto No. 1780 de 12 de junio de 2009 publicado en el Registro Oficial No. 620 de jueves 25 de junio de 2009 y sus reformas, el reporte de exoneraciones por tipo de exoneración emitido por el Gobierno Municipal para el año 2012 en donde consta el nombre de los predios y la ubicación de las congregaciones religiosas de diferente credo o religión, son instituciones de beneficencia o asistencia social de carácter particular que se dedican o destinar sus predios, construcciones y edificios a centros educativos, aulas de catequesis, centros ocupacionales, hospitales, asilos y otras actividades y por lo tanto están exoneradas del pago del impuesto al predio urbano por así mandar el literal c) del artículo 509 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización”.

La Constitución de la República, en el Art. 301 prescribe que sólo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos.

Por su parte, el Código Tributario, dispone que sólo por acto legislativo de órgano competente se podrán establecer, modificar o extinguir tributos.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en la letra a) del Art. 491, entre las clases de impuestos municipales, sin perjuicio de otros tributos que se hayan creado o que se crearen para la financiación municipal o metropolitana, considera como impuesto municipal, el impuesto a la propiedad urbana.

El Art. 509 del Código Orgánico citado establece las exenciones del pago de los impuestos a los predios urbanos, y son las siguientes:

- a) Los predios unifamiliares urbano- marginales con avalúos de hasta veinticinco remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general;
- b) Los predios de propiedad del Estado y demás entidades del sector público;

c) Los predios que pertenecen a las instituciones de beneficencia o asistencia social de carácter particular, siempre que sean personas jurídicas y los edificios y sus rentas estén destinados, exclusivamente a estas funciones.

Si no hubiere destino total, la exención será proporcional a la parte afectada a dicha finalidad;

d) Las propiedades que pertenecen a naciones extranjeras o a organismos internacionales de función pública, siempre que estén destinados a dichas funciones; y,

e) Los predios que hayan sido declarados de utilidad pública por el concejo municipal o metropolitano y que tengan juicios de expropiación, desde el momento de la citación al demandado hasta que la sentencia se encuentre ejecutoriada, inscrita en el registro de la propiedad y catastrada. En caso de tratarse de expropiación parcial, se tributará por lo no expropiado.

La letra c) del Art. 509 del COOTAD, exonera del pago del impuesto predial urbano, a los inmuebles que pertenecen a las instituciones de beneficencia o asistencia social de carácter particular, siempre que sean personas jurídicas y los edificios y sus rentas estén destinados, exclusivamente a estas funciones.

El Modus Vivendi celebrado entre el Ecuador y la Santa Sede, suscrito en Quito el 24 de julio de 1937, publicado en el Registro Oficial No. 30 de 14 de septiembre de 1937, en el artículo quinto dispuso que las Diócesis y demás organizaciones e instituciones católicas en el Ecuador tienen el carácter de personas jurídicas.

El Reglamento de Cultos Religiosos, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 1682, publicado en el Registro Oficial No. 365 de 20 de enero de 2000, en el Art. 13 prescribe que se reconoce y garantiza a las entidades a las que se refiere el presente Reglamento, sus actividades de culto, difusión de doctrina, educación, cultura, servicios asistenciales, beneficios o caritativos, deportivos y similares.

Por su parte el Art. 17 del indicado Reglamento, prevé que ninguna entidad religiosa puede tener una finalidad de lucro y que los posibles beneficios económicos de las actividades que desarrollen en el ámbito comercial o financiero en el marco de las leyes, se destinarán a los fines propios de la misma entidad.

El Art. 22 del Reglamento de Cultos Religiosos dispone lo siguiente:

“Art. 22.- Como corresponde a su finalidad y naturaleza, se reconoce a las entidades religiosas que tengan personalidad jurídica conforme a la ley y este regla-

mento, el carácter de personas de derecho privado y utilidad social, benéfica o educacional. Por tanto, les son aplicables las exoneraciones de impuestos previstas en distintas leyes tales como la Ley de Régimen Municipal (actual Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización), Ley de Régimen Tributario Interno”.

De la norma citada se desprende que el Art. 22 del Reglamento de Cultos Religiosos, reconoce a las entidades religiosas que tengan personalidad jurídica, el carácter de personas de derecho privado y utilidad social, benéfica y educacional, a las que les son aplicables las exoneraciones de impuestos previstas en distintas leyes.

Por su parte, el inciso primero del artículo 94 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, dispone que “Se entiende por gasto tributario, los recursos que el Estado, en todos los niveles de gobierno, deja de percibir debido a la deducción, exención, entre otros mecanismos, de tributos directos o indirectos establecidos en la normativa correspondiente” y el inciso tercero prevé que “Para el gasto tributario de los ingresos de los gobiernos autónomos descentralizados, la unidad encargada de la administración tributaria de cada gobierno autónomo, la cuantificará y anexará a la proforma presupuestaria correspondiente”.

Por lo expuesto, de conformidad con la letra c) del Art. 509 del COOTAD que exonera del pago del impuesto a los predios urbanos de propiedad de las instituciones de beneficencia o asistencia social, se concluye que a los predios urbanos que pertenecen a las congregaciones religiosas de ese cantón, por constituir instituciones de beneficencia o asistencia social de carácter particular, siempre que sean personas jurídicas y los edificios y sus rentas estén destinados, exclusivamente a estas funciones, les son aplicables las exoneraciones de impuestos, están exoneradas del pago del impuesto predial a la propiedad urbana.

En consecuencia, en virtud de que el Art. 22 del Reglamento de Cultos Religiosos publicado en el Registro Oficial No. 365 de 20 de enero de 2000, reconoce a las entidades religiosas que tengan personalidad jurídica el carácter de personas de derecho privado y utilidad social, benéfica y educacional, tales entidades religiosas cumplen con los requisitos previstos en la letra c) del Art. 509 del COOTAD para que se les exonere el pago del impuesto predial a la propiedad urbana, debiendo cuantificarse el gasto tributario en los términos del artículo 94 del Código orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y anexarse a la proforma presupuestaria correspondiente.

Este pronunciamiento se limita al análisis de la aplicación de las normas legales, puesto que no le compete a la Procuraduría General del Estado, decidir sobre la situación particular de la congregación religiosa que motiva su consulta, ya que tal resolución le corresponde al Municipio del Cantón Sucúa como autoridad tributaria, en ejercicio de su facultad determinadora definida por el artículo 68 del Código Tributario como el acto o conjunto de actos reglados realizados por la administración activa, tendientes a establecer, en cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo.

OF. PGE. N°: 03951, de 29-04-2012

IMPUESTO PREDIAL RURAL: EXENCIONES

ENTIDAD CONSULTANTE: GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO
MUNICIPAL DEL CANTÓN CHUNCHI

CONSULTA:

Sobre la procedencia de “la aplicación del Art. 582 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, para el cálculo del impuesto predial rural, puesto que el Art. 520 del mismo cuerpo legal en su letra a) habla de las exenciones de los predios cuyo valor no exceda de quince remuneraciones básicas”; y además “si aplicando el Art. 518 para los casos en los que más de dos propiedades menores a quince remuneraciones básicas unificadas y que superen aquel valor tributan o no”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 238.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 5, 7, 53, 171, 172, 501, 502, 503, 504, 505, 514, 515, 516, 517, 518, 520 lit. a), 521, 569 y 582.

PRONUNCIAMIENTO:

De manera previa a atender su consulta, mediante oficio No. 7127 de 23 de marzo de 2012, esta Procuraduría le solicitó el criterio jurídico debidamente fundamentado por el Procurador Síndico Municipal de Chunchi que usted representa;

requerimiento que fue respondido por usted en oficio No. 303-AGADMCH de 3 de abril del 2012, al que adjunta el oficio No. 093-DJ-GADCH de 28 de marzo del 2012, suscrito por el Procurador Síndico de esa Entidad Edilicia, ingresados a la Procuraduría General del Estado el 24 de abril del 2012.

Atenta la materia consultada, mediante oficio No. 7126 de 23 de marzo de 2012, este Organismo solicitó al Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, AME, el criterio institucional respecto a los casos consultados; requerimiento que fue atendido por la Directora Ejecutiva de la AME en oficio No. 042-DE-2012-DE-254-DAJVC-2012 de 3 de abril de 2012, ingresado a esta Procuraduría el 4 de abril del presente año.

En el oficio No. 093-DJ-GADCH de 28 de marzo del 2012 remitido por usted, el Procurador Síndico Municipal menciona los artículos 238 de la Constitución de la República, 7 y 53 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, relativos a la autonomía política, administrativa y financiera de la que gozan los gobiernos autónomos descentralizados, y a la facultad normativa para expedir ordenanzas, acuerdos y resoluciones.

Cita el Procurador Síndico el artículo 5 del COOTAD, relativo a la autonomía política, administrativa y financiera de los gobiernos autónomos descentralizados y regímenes especiales, para regirse por normas y órganos de gobierno propios, sin intervención de otro nivel de gobierno, así como de recibir los recursos que le corresponden de su participación en el Presupuesto General del Estado, y la capacidad de generar y administrar sus propios recursos; así como los artículos 171 y 172 de dicho Código Orgánico relativos a los recursos financieros de dichos gobiernos autónomos descentralizados.

Menciona el Procurador Síndico los artículos 518 y 520 del COOTAD, los cuales se relacionan con el valor imponible y las exenciones sobre el pago del impuesto predial rural; y expresa que: "...al ser una de las facultades, atribuciones y competencias del GAD Municipal, la de crearse sus propios ingresos, la de administrar los catastros inmobiliarios; atento a la normativa citada que garantiza su autonomía política, administrativa y financiera, estimo que, la forma de aplicación de la normativa contemplada en los artículos 518 y 520 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, es clara, pues la primera nos da la pauta para establecer el valor o base imponible del tributo y, allí se manda a SUMAR EL VALOR DE LOS PREDIOS QUE POSEA UN PROPIETARIO EN UN MISMO CANTÓN, DEBIENDO APLICARSE LA TARIFA AL ACUMULADO; por tanto al tenor de la norma citada si existe un contribuyente con varios predios que sumado sus avalúos supere el monto de la exención, de-

berá pagar el impuesto predial, previa la deducción a que tenga derecho, esto es por tercera edad, préstamos hipotecarios y los más que contempla la Ley; lo contrario implicaría una forma de evasión en perjuicio de los intereses institucionales por la reducción de sus ingresos propios”.

Concluye el Procurador Síndico manifestando que: “Por todo lo anteriormente expuesto, estimo señor alcalde que es plenamente aplicable la norma del artículo 518, esto es proceder con la sumatoria de valores acumulados por los predios que posea el titular de varios de menor valor al considerado para la exención”.

Si bien el texto de la pregunta del consultante hace referencia al artículo 582 del COOTAD, del desarrollo de la fundamentación del Procurador Síndico Municipal, no se encuentra ninguna mención ni análisis de dicha disposición legal.

En el oficio No. 042-DE-2012-DE-254-DAJVC-2012 de 3 de abril de 2012, mencionado en los antecedentes de este pronunciamiento, la Directora Ejecutiva de la AME cita el artículo 518 del COOTAD, así como los artículos 31 y 32 del Código Tributario, relacionados con la exención o exoneración tributaria; y manifiesta que, “Estos conceptos permiten inferir que las deducciones o las exoneraciones las puedo encontrar en diferentes leyes, así por ejemplo: Ley del Anciano; Ley sobre discapacidades; el COOTAD; entre otras. La persona que efectúa las determinaciones tributarias, que por lo general es el departamento de rentas conoce las afectaciones que por deducciones tienen las personas. A esto el Art. 518 del COOTAD lo denomina deducción previa, es decir, debo establecer todas las exenciones posibles del sujeto pasivo, para luego establecer la base imponible”.

Agrega la Directora Ejecutiva de la AME, el artículo 520 letra a) del COOTAD, el cual exonera del pago del impuesto predial rural a las propiedades que no excedan del valor de quince remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general.

Expresa la Directora Ejecutiva de la AME que, para la determinación tributaria se debe utilizar el esquema que se especifica en dicho informe jurídico, el cual contempla el hecho generador constituido por el valor de la propiedad, la exención o deducción tributaria y la base imponible; concluyendo que, aquellas propiedades que se encuentren por debajo de las quince remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general no están sujetas al pago del impuesto predial rural.

Concluye la Directora Ejecutiva de la AME manifestando que: “En lo que respecta a la aplicación del Art. 582 del COOTAD a los predios rurales, esto no procede en

mérito a que la disposición hace referencia solamente para los predios urbanos, para ello vale revisar lo que dispone el Art. 569 del COOTAD”.

El artículo 238 de la Constitución de la República, mencionado en el informe del Procurador Síndico Municipal de Chunchi, establece que los gobiernos autónomos descentralizados gozan de autonomía política, administrativa y financiera. En este sentido se expresa además el artículo 53 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD.

Respecto del artículo 582 del COOTAD, mencionado en su consulta, el cual determina la distribución del costo que deberán pagar los dueños de las propiedades, por la construcción de cercas o cerramientos realizados por las municipalidades con frente a la vía, no es aplicable al caso consultado, puesto que está comprendido dentro del Capítulo V del Título IX de dicho Código Orgánico, relativo a la contribución especial de mejoras de las propiedades inmuebles urbanas por la construcción de cualquier obra pública.

El contenido de la consulta exige diferenciar los valores imposables que deben considerarse para establecer el pago del impuesto predial urbano como el impuesto predial rural.

Respecto del impuesto a los predios urbanos, la Sección Segunda “Impuesto a los Predios Urbanos”, Capítulo III, Título IX del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en el artículo 501 establece que son sujetos pasivos de este impuesto los propietarios de predios ubicados dentro de los límites de las zonas urbanas; en tanto que el sujeto activo es la municipalidad o distrito metropolitano respectivo. Agrega que, para efectos de este impuesto, los límites de las zonas urbanas serán determinados por el concejo mediante ordenanza, cuya demarcación deberá tener en cuenta, preferentemente, “el radio de servicios municipales y metropolitanos, como los de agua potable, aseo de calles y otros de naturaleza semejante; y, el de luz eléctrica”.

El artículo 502 del COOTAD prescribe que los predios urbanos serán valorados mediante la aplicación de los elementos de valor del suelo, valor de las edificaciones y valor de reposición previstos en este Código. Añade que con este propósito, “el concejo aprobará mediante ordenanza, el plano del valor de la tierra, los factores de aumento o reducción del valor del terreno por los aspectos geométricos, topográficos, accesibilidad a determinados servicios, como agua potable, alcantarillado y otros servicios, así como los factores para la valoración de las edificaciones”.

El artículo 503 del COOTAD contempla las deducciones por concepto de deudas hipotecarias que graven a los propietarios de los predios urbanos con motivo de su adquisición, construcción o mejora.

El artículo 504 del COOTAD contempla la banda impositiva que debe aplicarse al valor de la propiedad urbana en los siguientes términos: “Al valor de la propiedad urbana se aplicará un porcentaje que oscilará entre un mínimo de cero punto veinticinco por mil (0.25 %) y un máximo de cinco por mil (5 %) que será fijado mediante ordenanza por cada concejo municipal”.

Téngase en cuenta que, conforme al artículo 505 del mencionado Código Orgánico, cuando un propietario posea varios predios valuados separadamente en una misma jurisdicción municipal, “para formar el catastro y establecer el valor catastral imponible, se sumarán los valores imponibles de los distintos predios, incluidos los derechos que posea en condominio, luego de efectuar la deducción por cargas hipotecarias que afecten cada predio. La tarifa que contiene el artículo precedente se aplicará al valor acumulado (entiéndase de las propiedades urbanas). Para facilitar el pago del tributo se podrá, a pedido de los interesados, hacer figurar separadamente los predios, con el impuesto total aplicado en proporción al valor de cada uno de ellos”.

De los artículos 502 y 503 del COOTAD antes citados, se desprende que para determinar el valor imponible de los predios urbanos, el concejo municipal o metropolitano deberá aprobar mediante ordenanza el plano del valor de la tierra, los factores de aumento o reducción del terreno, la accesibilidad a los servicios públicos, así como los factores para la valoración de las edificaciones. A dichos valores deberá deducirse las cargas hipotecarias que afecten a cada predio urbano con motivo de su adquisición, construcción o mejora; y luego se aplicará al valor de dicha propiedad urbana, la tarifa impositiva que deberá ser fijada por el concejo municipal o metropolitano mediante ordenanza, considerando para el efecto, la banda impositiva que oscilará entre un mínimo de cero punto veinticinco por mil y un máximo de cinco por mil, conforme lo dispone el artículo 504 del COOTAD.

Se deberá tener en cuenta que conforme al artículo 505 del COOTAD, en el caso de que un propietario posea varios predios valuados separadamente, para establecer el valor catastral imponible deberán sumarse los valores imponibles de los distintos predios, y efectuar la deducción por cargas hipotecarias que afecten a cada predio; luego de lo cual, se aplicará al valor acumulado, la tarifa impositiva que fije el Concejo mediante ordenanza; pudiendo a pedido de los interesados,

hacer figurar separadamente los predios con el impuesto total aplicado en proporción al valor de cada uno de ellos.

En cuanto al impuesto predial rural que es motivo de su consulta, la Sección Tercera “Impuesto a los Predios Rurales”, Capítulo III, Título IX del COOTAD, en los artículos 514 y 515 del COOTAD, prescriben que el sujeto activo de este impuesto es la municipalidad o distrito metropolitano donde se encuentre ubicado un predio rural; en tanto que el sujeto pasivo de dicho impuesto, son los propietarios o poseedores de los predios situados fuera de los límites de la zonas urbanas.

El inciso primero del artículo 516 del COOTAD, determina que los predios rurales serán valorados mediante la aplicación de los elementos de valor del suelo, valor de las edificaciones y valor de reposición previstos en dicho Código. Añade que con este propósito, “el concejo respectivo aprobará, mediante ordenanza, el plano del valor de la tierra, los factores de aumento o reducción del valor del terreno por aspectos geométricos, topográficos, accesibilidad al riego, accesos y vías de comunicación, calidad del suelo, agua potable, alcantarillado y otros elementos semejantes, así como los factores para la valoración de las edificaciones”.

El inciso segundo del citado artículo 516 del COOTAD dispone que para efectos de cálculo del impuesto, “del valor de los inmuebles rurales se deducirán los gastos e inversiones realizadas por los contribuyentes para la dotación de servicios básicos, construcción de accesos y vías, mantenimiento de espacios verdes y conservación de áreas protegidas”.

El artículo 517 del COOTAD, que contempla la banda impositiva que debe aplicarse al valor de los predios rurales, determina que: “Al valor de la propiedad rural se aplicará un porcentaje que no será inferior a cero punto veinticinco por mil (0,25 x 1000) ni superior al tres por mil (3 x 1000), que será fijado mediante ordenanza por cada concejo municipal o metropolitano”.

El artículo 518 del COOTAD, referido en su consulta, determina que para establecer el valor imponible a los predios rurales “se sumarán los valores de los predios que posea un propietario en un mismo cantón y la tarifa se aplicará al valor acumulado, previa la deducción a que tenga derecho el contribuyente”.

Se deberá tener en cuenta que conforme al citado artículo 518 del COOTAD, deberá sumarse únicamente los valores de los predios rurales que posea el propietario.

De conformidad con el artículo 520 letra a) del COOTAD, están exentas del pago del impuesto predial rural “Las propiedades cuyo valor no exceda de quince remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general”.

Mediante Acuerdo No. 0369 el Ministro de Relaciones Laborales fijó a partir del 1 de enero del 2012, el salario básico unificado para el trabajador en general en USD 292,00 mensuales.

En el caso consultado, teniendo en cuenta que el salario básico unificado para el trabajador privado, en general, para el año 2012 es de USD 292,00 mensuales, multiplicado por quince remuneraciones básicas conforme a la letra a) del artículo 520 del COOTAD, se obtiene la suma de USD 4.380,00; por lo que, el contribuyente que posea varias propiedades rurales y que sumadas no superen dicho valor, estará exento del pago del impuesto predial rural; caso contrario estará sujeto a tributación por dicho impuesto.

Respecto de las deducciones, el artículo 521 del COOTAD, dispone que para establecer la parte del valor que constituye la materia imponible, el contribuyente tiene derecho a que se efectúen las deducciones del valor de la propiedad rural en la forma que ahí se especifica.

Por tanto, de conformidad con los artículos 516, 518 y 520 letra a) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, se concluye que para establecer el valor imponible de las propiedades rurales, previa la aplicación de las deducciones y/o exenciones contempladas en la ley, se deberán sumar los valores de todos los predios rurales que posea un propietario, y se aplicará la tarifa del impuesto al valor acumulado, siempre y cuando sumadas dichas propiedades rurales excedan de quince remuneraciones mensuales básicas unificadas del trabajador privado en general.

La tarifa impositiva del impuesto predial rural deberá ser fijada mediante ordenanza por cada concejo municipal, considerando para el efecto la banda impositiva no inferior a cero punto veinticinco por mil ni superior al tres por mil, conforme lo dispone el artículo 517 del COOTAD.

En consecuencia de lo expuesto se concluye que, cuando existan varios predios, para el pago del impuesto predial urbano conforme al artículo 505 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se sumarán los valores imponibles de los distintos predios urbanos luego de efectuar la deducción de las cargas hipotecarias que afecten a cada predio, y se aplicará la tarifa impositiva al valor acumulado, sin perjuicio de que el propietario solicite que se

haga figurar separadamente los predios con el impuesto aplicado en proporción al valor de cada uno de ellos; en tanto que, para el pago del impuesto predial rural conforme a los artículos 518 y 520 del citado COOTAD, se sumarán los valores de los predios rurales que posea el propietario, previa las deducciones y/o exenciones previstas en la ley, y se aplicará la tarifa del impuesto al valor acumulado, siempre y cuando sumadas dichas propiedades rurales excedan de quince remuneraciones mensuales básicas unificadas del trabajador privado en general.

En ambos casos, la tarifa impositiva se aplicará conforme a la ordenanza que expida cada Concejo Municipal, considerando para el efecto, las bandas impositivas mínimas y máximas de cero punto veinticinco por mil y cinco por mil para el caso de los predios urbanos; y de cero punto veinticinco por mil y tres por mil para el caso de los predios rurales, conforme lo disponen los artículos 504 y 517 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización antes citados.

OF. PGE. N°: 07946, de 21-05-2012

IMPUESTOS: TASA POR RECOLECCIÓN DE DESECHOS SÓLIDOS

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN MEJÍA

CONSULTAS:

1. "El Gobierno A. D. Municipal del Cantón Mejía debe cobrar a ADELCA la tasa por recolección de desechos sólidos (basura), aplicando lo que dispone la referida Ordenanza o en base a la cantidad de desechos sólidos que genera y de acuerdo al informe de la Dirección de Servicios Públicos e Higiene del Gobierno Municipal, emitido mediante oficio 2011-090-DIR-SS-PP.E HIGIENE, del 22 de septiembre del 2011".

2. "¿El cobro se debe realizar de cinco años atrás en base a lo previsto en el Art. 55 de la Codificación del Código Tributario o únicamente de un año atrás aplicando el Art. 31 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor?".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 264 num. 5, 425 y 301.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y descentralización

Arts. 55, 57 lit. a), 186, 350, 351, 352, 566 y 568.
Ley Orgánica de Defensa del Consumidor Arts. 31 y 40.
Código Tributario Arts. 1, 5, 55, 65 y 66.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. La Constitución de la República, en el Art. 264 numeral 5, confiere a las municipalidades potestad normativa para crear, modificar y suprimir mediante ordenanzas, tasas y contribuciones especiales de mejoras.

El Art. 301 de la Carta Constitucional, prescribe que solo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones. Agrega, que las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley.

En materia de servicios públicos, la tasa es la contraprestación o retribución a cargo del usuario, que paga por el uso del servicio. El Art. 1 del Código Tributario, prevé que son tributos, los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales o de mejoras; por lo que, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, las tasas tienen carácter tributario.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en el Art. 55 entre las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos municipales, les faculta en la letra e) "Crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanzas, tasas, tarifas y contribuciones especiales de mejoras"; entre las atribuciones del concejo cantonal, contempladas en el Art. 57 letra a) del Código en mención, se establece "El ejercicio de la facultad normativa en las materias de competencia del gobierno autónomo descentralizado municipal, mediante la expedición de ordenanzas cantonales, acuerdos y resoluciones"; en la letra c) "Crear, modificar, exonerar o extinguir tasas y contribuciones especiales por los servicios que presta y obras que ejecute"; y, en la letra d) "Expedir acuerdos o resoluciones en el ámbito de competencia del gobierno autónomo descentralizado municipal, para regular temas institucionales específicos o reconocer derechos particulares".

De las disposiciones constitucionales y legales que anteceden se desprende que la municipalidad puede crear tasas como contraprestación de los servicios públicos que brinda en beneficio del contribuyente que las cubre y que su recaudación se debe destinar a financiar el costo de los servicios. En consecuencia, al disponerse por ordenanza el pago de un tributo al cual se denomina "tasa", se debe establecer la correlativa contraprestación del servicio por parte de la muni-

cipalidad, según se ha pronunciado la Procuraduría General del Estado con los oficios Nos. 07977 y 07980, ambos de 22 de junio de 2009.

Respecto a la administración tributaria seccional, el Art. 65 del Código Tributario, dispone lo siguiente:

“Art. 65.- Administración tributaria seccional.- En el ámbito provincial o municipal, la dirección de la administración tributaria corresponderá, en su caso, al Prefecto Provincial o al Alcalde, quienes la ejercerán a través de las dependencias, direcciones u órganos administrativos que la ley determine.

A los propios órganos corresponderá la administración tributaria, cuando se trate de tributos no fiscales adicionales a los provinciales o municipales; de participación en estos tributos, o de aquellos cuya base de imposición sea la de los tributos principales o estos mismos, aunque su recaudación corresponda a otros organismos”.

Con respecto a la potestad tributaria de las municipalidades, el Art. 186 del COOTAD, establece que los gobiernos municipales y distritos metropolitanos autónomos podrán crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanzas, tasas, tarifas y contribuciones especiales de mejoras generales o específicas, por el establecimiento o ampliación de servicios públicos que son de su responsabilidad; y, que cuando por decisión del gobierno metropolitano o municipal, la prestación de un servicio público exija el cobro de una prestación patrimonial al usuario, cualquiera sea el modelo de gestión o el prestador del servicio público, esta prestación patrimonial será fijada, modificada o suprimida mediante ordenanza.

En concordancia, según el Art. 566 del COOTAD, las municipalidades tienen competencia para aplicar las tasas retributivas de servicios públicos que se establecen en este Código, cuyo monto se fija por ordenanza.

En estos términos se pronunció la Procuraduría General del Estado con el oficio No. 04321 de 18 de octubre de 2011, respecto de una consulta formulada por la Municipalidad de Cuyabeno.

En cuanto se refiere al objeto y determinación de las tasas, el Art. 566 del COOTAD, dispone:

“Artículo 566.- Objeto y determinación de las tasas.- Las municipalidades y distritos metropolitanos podrán aplicar las tasas retributivas de servicios públicos que se establecen en este Código. Podrán también aplicarse tasas sobre otros

servicios públicos municipales o metropolitanos siempre que su monto guarde relación con el costo de producción de dichos servicios. A tal efecto, se entenderá por costo de producción el que resulte de aplicar reglas contables de general aceptación, debiendo desecharse la inclusión de gastos generales de la administración municipal o metropolitana que no tengan relación directa y evidente con la prestación del servicio.

Sin embargo, el monto de las tasas podrá ser inferior al costo, cuando se trate de servicios esenciales destinados a satisfacer necesidades colectivas de gran importancia para la comunidad, cuya utilización no debe limitarse por razones económicas y en la medida y siempre que la diferencia entre el costo y la tasa pueda cubrirse con los ingresos generales de la municipalidad o distrito metropolitano. El monto de las tasas autorizadas por este Código se fijará por ordenanza”.

De la norma del Art. 566 del COOTAD que antecede, se desprende que las municipalidades tienen potestad para aplicar tasas retributivas de servicios públicos prestados considerando que su monto guarde relación con el costo de producción de dichos servicios, en los que no se incluirán los gastos generales que no tengan relación directa con la prestación del servicio.

Así mismo, se determina que el monto de las tasas podrá ser inferior al costo, tratándose de la prestación de servicios esenciales de la comunidad, siempre que la diferencia entre el costo y la tasa se cubra con los ingresos generales de la municipalidad; y que el monto de las tasas autorizadas por el COOTAD se fijará por ordenanza.

En lo que respecta a los servicios públicos sujetos a tasas, el Art. 568 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, dispone que 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...”.

De la norma del Art. 568 del COOTAD citada se desprende que las tasas serán reguladas mediante ordenanzas cuya iniciativa es privativa del alcalde municipal, aplicándose entre otros servicios para la recolección de basura y aseo público.

La Directora de Servicios Públicos (S) de la Municipalidad del Cantón Mejía, en el Informe Técnico que consta en el oficio No. 2011-090.DIR-SS. P. E HIGIENE de fecha 22 de septiembre de 2011, respecto al asunto consultado, manifiesta lo siguiente:

“La Empresa Acerías del Ecuador en su planta de Aloag se dedica al reciclaje de materiales metálicos con la finalidad de reciclar estos productos y generar materiales de construcción”. Añade en su informe que dicha Empresa ha implantado un plan de manejo de desechos dentro de la planta, lo cual se evidencia en la reducida generación de desechos de sus instalaciones, contando para el efecto con las respectivas autorizaciones del Ministerio del Ambiente”.

“Con la finalidad de garantizar la sostenibilidad financiera del servicio de aseo la Municipalidad de Mejía mantiene un convenio con la Empresa Eléctrica Quito, para el cobro de la tasa de recolección anclada a la carta del consumo de energía eléctrica, la tasa que se cobra es el diez por ciento del consumo de energía eléctrica”.

En otra parte del Informe Técnico, la Directora de Servicios Públicos (S), expresa: “el costo mes de generación de la Empresa Adelca es de 1000 dólares americanos, pero dado al costo de oportunidad y por ser considerado como un generador de desechos de gran escala se impuso un factor de compensación ambiental de 4, dando un valor promedio de 4000 dólares americanos, la empresa accede a cancelar estos valores con la finalidad de apoyar el Proyecto de Gestión Integral de Residuos Sólidos que viene desarrollando la Municipalidad del Cantón Mejía”.

Del informe Técnico de la Directora de Servicios Públicos (S) de la Municipalidad del Cantón Mejía se desprende que la Empresa “Acerías del Ecuador S.A.-ADELCA” se dedica al reciclaje de materiales metálicos generando materiales de construcción, contando para el efecto con un plan de manejo de desechos dentro de la planta que cuenta con las respectivas autorizaciones del Ministerio de Ambiente.

Manifiesta el informe técnico que el costo de generación de la Empresa ADELCA es de 1000 dólares pero por ser un generador de desechos de gran escala se impuso un factor de compensación ambiental de 4, dando un valor promedio de 4.000 dólares, accediendo dicha Empresa a cancelar estos valores para apoyar el Proyecto de Gestión Integral de Residuos Sólidos que desarrolla la Municipalidad del Cantón Mejía.

Por su parte, el Art. 40 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor dispone lo siguiente:

“Art. 40.- Valores de las Planillas.- En las planillas emitidas por las empresas proveedoras de los servicios públicos domiciliarios, deberá constar exclusivamente el valor del consumo respectivo, más los recargos legales pertinentes y cobros

adicionales establecidos expresamente por leyes y ordenanzas. Queda prohibido incluir en dichas planillas rubros adicionales a los señalados.”

El Art. 2 del Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor define a los servicios públicos domiciliarios como aquellos servicios básicos que se reciben directamente en los domicilios de los consumidores.

Como quedó señalado en líneas anteriores, la tasa retributiva de los servicios públicos dispuesta en el COOTAD, entre estas la tasa de recolección de basura y aseo público, debe establecerse guardando relación con el costo de producción de dichos servicios, según dispone el Art. 566 del COOTAD; es decir que las ordenanzas que emitan los gobiernos autónomos descentralizados municipales para tales fines, deben establecer los valores de las tasas en función de los costos de producción de los servicios que originan el cobro de la tasa.

Por otra parte, cabe destacar que el Art. 5 del Código Tributario prescribe que el régimen tributario se regirá entre otros por los principios de generalidad y proporcionalidad, por lo que es improcedente que la tasa de recolección de desechos sólidos se fije en base a parámetros de medición que solo se apliquen a una empresa en particular y no a todos los usuarios del servicio o a un segmento de ellos, lo que contraviene los principios de generalidad y proporcionalidad que rigen en materia tributaria.

Por lo expuesto, de conformidad con el Art. 566 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, el cual dispone que las municipalidades podrán aplicar tasas retributivas de servicios públicos en función del costo de producción del servicio, cuyo monto se fijará por ordenanza y el Art. 568 del mismo Código prescribe que entre los servicios públicos sujetos a tasas constan la recolección de basura y aseo público, se concluye que es procedente que la Municipalidad del Cantón Mejía cobre la tasa por recolección de desechos sólidos, teniendo en cuenta que el monto de la tasa guarde relación con el costo de producción de los servicios efectivamente prestados, conforme lo dispone el Art. 566 del COOTAD y en base de los principios de generalidad y proporcionalidad, previstos en el artículo 5 del Código Tributario.

Este pronunciamiento se limita al análisis de la aplicación de las normas legales. En todo caso, a la Procuraduría General del Estado no le compete decidir sobre una situación particular, ya que tal resolución le corresponde al Municipio como autoridad tributaria, en ejercicio de su facultad determinadora definida por el artículo 68 del Código Tributario, como el acto o conjunto de actos reglados

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.

2. El Procurador Síndico Municipal del Cantón Mejía en el informe que consta en el oficio No. 154-2011-AJ de 8 de noviembre de 2011, respecto del tema consultado, manifiesta lo siguiente:

“Para la prescripción en el cobro de la tasa por el servicio de recolección de desechos sólidos se debe aplicar el Art. 55 del Código Tributario y no el Art. 31 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor”.

La consulta formulada por usted está referida a determinar la norma aplicable para que prescriba la obligación y la acción de cobro de la tasa de recolección de desechos sólidos.

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en el artículo 1 señala su ámbito y objeto; y, prescribe que sus disposiciones son de orden público, de interés social; y, su objeto es normar las relaciones entre proveedores y consumidores, procurando la equidad y seguridad jurídica en dichas relaciones entre las partes.

El artículo 31 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, al que se refiere en su consulta, forma parte del Capítulo V “Responsabilidades y Obligaciones del Proveedor” y dispone lo siguiente:

“Art. 31.- Prescripción de las Acciones.- Las acciones civiles que contempla esta Ley prescribirán en el plazo de doce meses contados a partir de la fecha en que se ha recibido el bien o terminado de prestar el servicio.”

El Capítulo V, del que forma parte la norma antes citada, regula las obligaciones que tiene el proveedor respecto a la entrega del bien, indicación del precio, reparación, servicio técnico, de los bienes que provee y el indicado artículo 31 se refiere a la prescripción de acciones civiles, que tiene el usuario o consumidor, respecto del proveedor, por incumplimiento de dichas obligaciones. Por lo tanto, no es aplicable al caso planteado que se refiere a la prescripción de la obligación y acción de cobro de créditos tributarios.

La Constitución de la República, en el Art. 301 prescribe que solo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones. Agrega, que las tasas y contribuciones especiales se crearán y modificarán de acuerdo con la ley.

El Código Tributario, respecto de su ámbito de aplicación, en el Art. 1, 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. Añade que, para estos efectos, se entienden por tributos los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales o de mejora.

En cuanto a la prescripción de la obligación y la acción de cobro, el Art. 55 del Código Tributario, prevé lo siguiente:

“Art. 55.- Plazo de prescripción de la acción de cobro.- La obligación y la acción de cobro de los créditos tributarios y sus intereses, así como de multas por incumplimiento de los deberes formales, prescribirá en el plazo de cinco años, contados desde la fecha en que fueron exigibles; y en siete años, desde aquella en que debió presentarse la correspondiente declaración, si ésta resultare incompleta o si no se hubiere presentado.

Cuando se conceda facilidades para el pago, la prescripción operará respecto de cada cuota o dividendo, desde su respectivo vencimiento.

En el caso de que la administración tributaria haya procedido a determinar la obligación que deba ser satisfecha, prescribirá la acción de cobro de la misma, en los plazos previstos en el inciso primero de este artículo, contados a partir de la fecha en que el acto de determinación se convierta en firme, o desde la fecha en que cause ejecutoria la resolución administrativa o la sentencia judicial que ponga fin a cualquier reclamo o impugnación planteada en contra del acto determinativo antes mencionado.

La prescripción debe ser alegada expresamente por quien pretende beneficiarse de ella, el juez o autoridad administrativa no podrá declararla de oficio”.

Tal como quedó señalado al absolver la primera consulta, el Art. 65 del Código Tributario, dispone que 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.

Agrega que a los propios órganos corresponderá la administración tributaria, cuando se trate de tributos no fiscales adicionales a los provinciales o municipales, de participación en estos tributos, o de aquellos cuya base de imposición sea

la de los tributos principales o de estos mismos, aunque su recaudación corresponda o otros organismos.

De conformidad con el Art. 66 del Código Tributario, cuando la ley expresamente concede gestión tributaria a la propia entidad pública acreedora de tributos, la administración de dichos tributos corresponderá a los órganos del mismo sujeto activo que la señale; y, a falta de este señalamiento, a las autoridades que ordenen o deban ordenar la recaudación.

El Art. 350 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización confiere potestad coactiva a los gobiernos autónomos descentralizados y sus empresas, por medio de los respectivos tesoreros o funcionarios recaudadores, para el cobro de títulos de crédito por obligaciones que existieran a su favor.

El Art. 351 del COOTAD, prevé que el procedimiento de ejecución coactiva observará las normas del Código Tributario y supletoriamente las del Código de Procedimiento Civil, cualquiera fuera la naturaleza de la obligación cuyo pago se persiga.

Según el Art. 352 del COOTAD, el procedimiento coactivo se ejercerá aparejando el respectivo título de crédito que lleva implícita la orden de cobro. Agrega que los títulos de crédito los emitirá la autoridad competente, cuando la obligación se encuentre determinada, líquida y de plazo vencido, basados en catastros, títulos ejecutivos, cartas de pago, asientos de libros de contabilidad, y en general cualquier instrumento privado o público que pruebe la existencia de la obligación.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en el Art. 568 dispone lo siguiente:

“Artículo 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”.

Adicionalmente, el Art. 425 de la Constitución de la República, prevé el orden jerárquico de aplicación de las normas; y, añade en el inciso tercero que, la jerarquía normativa considerará en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados y en este contexto, la letra d) del Art. 568 del COOTAD determina como competencia de los gobiernos autónomos municipales y

metropolitanos, el cobro de tasas por recolección de basura y aseo público, tasas que según los artículos 350 y 351 del COOTAD, son exigibles a través del procedimiento coactivo que observará las normas del Código Tributario y supletoriamente las del Código de Procedimiento Civil cualquiera sea la obligación cuyo pago se persiga,

Por lo expuesto, en atención a su consulta, se concluye que la obligación y la acción de cobro de la tasa por recolección de desechos sólidos determinada por el gobierno autónomo descentralizado municipal, está sujeta a los plazos de prescripción dispuestos en el Art. 55 del Código Tributario, que dispone que la obligación y la acción de cobro de los créditos tributarios y sus intereses prescribirá en el plazo de cinco años contados desde la fecha en que fueron exigibles; y, en siete años, desde la fecha que debió presentarse la declaración, si ésta resultó incompleta o si no se la presentó, normativa que rige para tasas municipales por disposición del Art. 1 del Código Tributario que define como tributos a las tasas y prevé que les son aplicables normas de dicho cuerpo legal.

Téngase en cuenta que conforme lo dispuesto en el inciso final del Art. 55 del Código Tributario, la prescripción debe ser alegada expresamente por quien pretende beneficiarse de ella, por consiguiente el juez o autoridad administrativa no podrá declararla de oficio.

Reitero que este pronunciamiento se limita al análisis de la aplicación de las normas legales, ya que a la Procuraduría General del Estado no le compete decidir sobre una situación particular.

OF. PGE. N°: 06055, de 23-01-2012

INHABILIDAD: IMPEDIMENTOS PARA CONTRATAR A SERVIDOR MUNICIPAL

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE SALCEDO

CONSULTA:

“...una vez que no existe ningún perjuicio ni para la Municipalidad, ni para ninguno de los oferentes participantes en el proceso, y que en los pliegos se buscó únicamente garantizar la calidad de los uniformes confeccionados con fondos

públicos, le solicito respetuosamente su pronunciamiento sobre el tema, que nos permita seguir actuando al amparo de las normas legales”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 229.

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 24 lit. j) y 48 lit. j)

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Art. 357.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Arts. 4, 62 num. 2 y 63 num. 4; y, 110 y 111 de su Reglamento.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado Art. 41.

Código Civil Arts. 22 y 1463.

PRONUNCIAMIENTO:

En el oficio de consulta se expone que la Municipalidad del Cantón Salcedo mediante Resolución No. 407-GADMCS-2011 de 6 de octubre de 2011, dio inicio al proceso de subasta inversa electrónica No. SIEU-GADMCS-032-2011, convocada para la confección de uniformes para el personal femenino de esa Municipalidad, por el valor de US \$ 14.500,00.

Agrega que la Dirección Financiera certificó la existencia de recursos para financiar la contratación y los funcionarios de la Unidad de Contratación Pública elaboraron las especificaciones técnicas de los uniformes y los pliegos del proceso, que fueron aprobados por el Alcalde, habiéndose utilizado para el desarrollo de todo el procedimiento de contratación, el portal compras públicas; y que, por la cuantía de la contratación no se integró una comisión técnica.

La consulta expone que el procedimiento de subasta inversa se realizó con convocatoria abierta a nivel nacional; que se presentaron inicialmente tres ofertas, pero que una sola fue calificada, por lo que en lugar de la puja se realizó una sesión única de negociación durante la cual se acordó una rebaja del 5% del presupuesto referencial de la contratación; que “...el Alcalde adjudicó el contrato al Sr. Juan Gualpa Cando, por el valor de US \$ 13.775,00 más el 12% del IVA.”; y, luego se envió el expediente a la Procuraduría Síndica para que se elabore el contrato, que fue suscrito el 14 de noviembre de 2011.

Añade que, en el caso materia de consulta: “Mediante memorando No. 018-JC-GADS-2011, de fecha 14 de diciembre de 2011, la Dirección Financiera, manifiesta que el contratista... Juan Gualpa Cando, es hermano del funcionario Ab. Wilmo Gualpa Cando, negándose al pago del contrato”.

En el oficio de consulta se argumenta que: “los únicos funcionarios que intervinieron en la etapa precontractual, por disposición legal, fueron el Alcalde, en calidad de máxima autoridad de esta entidad contratante y las funcionarias de la unidad de Contratación Pública; y, en la etapa contractual, por disposición legal, fue la Procuraduría Síndica con la elaboración del contrato, la recepción de documentos habilitantes y el acto de haber suscrito el contrato por las partes, sin existir en ninguna de las dos etapas conocimiento del contenido de los pliegos ni de las ofertas, intervención, revisión, trámite, informe, gestión u oficio de parte de ningún otro funcionario, que interfiriera de ninguna manera durante la ejecución del proceso precontractual, en su favor o a favor de su cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad”.

De la consulta se desprende que el Ab. Wilmo Gualpa Cando, es Secretario de la Municipalidad y del Concejo; y, se manifiesta que dicho funcionario “no tuvo participación directa ni indirecta con ninguna de las etapas del proceso para contratar la confección de dichos uniformes”.

El informe de la Procuradora Síndica de la Municipalidad consultante, inserto en el oficio de consulta, cita entre otras normas, los artículos 62 y 63 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 110 y 111 de su Reglamento General, que establecen las inhabilidades generales y especiales para contratar con las entidades del sector público; y sobre dicha base concluye que: “el hermano del Ab. Wilmo Gualpa Cando, no se encuentra inmerso dentro de estas inhabilidades”.

A la consulta se ha acompañado copia simple de los siguientes documentos, entre otros: pliegos correspondientes a la subasta inversa electrónica No. SIEU-GADMCS-032-2011; acta de negociación entre la Municipalidad de Salcedo y el oferente Juan Gualpa, realizada el 21 de octubre de 2011; adjudicación efectuada por el Alcalde del Cantón Salcedo, mediante Resolución No. 453-GAD-MCS-2011 de 24 de octubre de 2011, al oferente Juan Gualpa Cando. Dicha Resolución consta suscrita también por el Secretario del Concejo, señor Wilmo Gualpa Cando; y, el contrato.

Consta también, copia simple del oficio No. 018-JCGADMS-2011 de 12 de diciembre de 2011, por el que la Directora Financiera de la Municipalidad del Cantón Salcedo y la Jefe de Contabilidad, se dirigen al Alcalde objetando el pago del contrato de la referencia, manifestando:

“En concordancia con lo que señala el Art. 41 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en la parte pertinente indica, “Los servidores públicos

podrán objetar por escrito, las órdenes de sus superiores, expresando las razones para tal objeción”, en el caso que nos ocupa como es el proceso SIEU-GAD-MCS-032-2011 – CONTRATO PARA LA CONFECCIÓN DE UNIFORMES PARA EL PERSONAL FEMENINO DEL GAD MUNICIPAL DEL CANTÓN SALCEDO, en el que el proveedor ganador es el Sr. Juan Gualpa Cando, el mismo que tiene segundo grado de consanguinidad con el Sr. Secretario General del Concejo; quien certifica la expedición de la Resolución de adjudicación; con lo expuesto y en base a lo que señala el OF. PGE. Nro. 04111 de 07-10-2011, en relación a una consulta realizada por parte del Municipio de Pujilí (al ser Municipio consideramos que el pronunciamiento es vinculante), lo que está en paréntesis es nuestro; en beneficio propio o que beneficien a sus parientes comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y el incurrir en dicha prohibición acarrea la destitución del servidor”, señalando los artículos pertinentes de la LOSEP...”.

De conformidad con el artículo 22 del Código Civil, los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones, y “cuando las dos personas proceden de un ascendiente común, y una de ellas no es ascendiente de la otra, la consanguinidad es en línea colateral o transversal”.

Entre hermanos, que es el caso al que se refiere la consulta, existe parentesco de segundo grado por consanguinidad en línea colateral. En consecuencia, corresponde determinar si en el caso específico, dicho parentesco, que existe entre el contratista de la Municipalidad de Salcedo y el Secretario del Concejo de ese Gobierno Autónomo Descentralizado, constituye impedimento para la suscripción de contratos con esa entidad.

La inhabilidad establece un impedimento y por tanto quien incurre en ella tiene una incapacidad especial o particular para contratar, en los términos del inciso final del artículo 1463 del Código Civil que la define como “la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos”.

Las inhabilidades generales y especiales que impiden celebrar contratos con las entidades del sector público, están establecidas en los artículos 62 y 63 de la citada Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 110 y 111 de su Reglamento General.

Las inhabilidades provenientes de relaciones de parentesco, constan en el numeral 2 del artículo 62 y en el numeral 4 del artículo 63 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que en su orden disponen:

“Art. 62.- Inhabilidades Generales.- No podrán celebrar contratos previstos en esta Ley con las Entidades Contratantes:

...2. El Presidente, el Vicepresidente de la República, los ministros y secretarios de Estado, el Director Ejecutivo y demás funcionarios del Instituto Nacional de Contratación Pública, los legisladores, los presidentes o representantes legales de las Entidades Contratantes previstas en esta Ley, los prefectos y alcaldes; así como los cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, de los dignatarios, funcionarios y servidores indicados en este numeral...”.

“Art. 63.- Inhabilidades Especiales.- No podrán celebrar contratos con la Entidad Contratante:

...4. Los funcionarios, servidores o empleados que hayan intervenido en la etapa precontractual o contractual y que con su acción u omisión pudieren resultar favorecidos, su cónyuge o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, así como las personas jurídicas de derecho privado o sociedades de hecho en las que los indicados funcionarios, servidores o empleados, su cónyuge o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad tengan participación, aún en el caso de que los referidos funcionarios, servidores o empleados hubieren renunciado a sus funciones...”.

En concordancia, el artículo 110 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece: “Conforme el texto del primer inciso del artículo 62 de la Ley, la inhabilidad prevista en el número 2 de dicha norma legal, en tratándose de los cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad se circunscribe a la entidad contratante en la que intervienen los dignatarios, funcionarios y servidores con los cuales existe el grado de consanguinidad o parentesco”.

Por otra parte, el Art. 111 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prescribe que a más de las inhabilidades previstas en el Art. 63 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no podrán celebrar contrato con la entidad contratante: “1.- Los cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de los consejeros provinciales, concejales municipales y vocales de las juntas parroquiales de su respectiva jurisdicción...”.

El artículo 229 de la Constitución de la República, dispone que son servidores públicos “todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen,

presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público...". Idéntica previsión consta en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

La inhabilidad por parentesco que impide suscribir contratos con las instituciones públicas, se extiende a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, de los dignatarios, funcionarios y servidores indicados en el numeral 2 del artículo 62 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el numeral 1 del artículo 111 del Reglamento a esa Ley, que incluyen a los Alcaldes y concejales municipales pero no al Secretario General del Concejo.

La inhabilidad se extiende respecto de los parientes de los servidores que hubieren intervenido en la etapa precontractual o contractual, según el numeral 4 del artículo 63 de la misma Ley; y, según los artículos 110 y 111 del Reglamento General a esa Ley, la inhabilidad se circunscribe a la entidad contratante en la que ejercen funciones los respectivos servidores o dignatarios.

Por su parte, la letra j) del artículo 24 de la Ley Orgánica del Servicio Público, prohíbe a los servidores públicos: "j) Resolver asuntos, intervenir, emitir informes, gestionar, tramitar o suscribir convenios o contratos con el Estado, por sí o por interpuesta persona u obtener cualquier beneficio que implique privilegios para el servidor, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; prohibición que también se aplicará para empresas, sociedades o personas jurídicas en las que el servidor, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad tengan interés".

Del tenor de la norma transcrita se desprende que a los servidores públicos les está prohibido emitir informes, tramitar, gestionar, resolver e intervenir en asuntos en que pudieran tener interés directo el propio servidor, su cónyuge o conviviente o sus parientes, con el propósito de evitar que se produzca un conflicto de interés y que la intervención del servidor en el ejercicio de su cargo le permita obtener un beneficio para sí, su cónyuge o parientes. En materia de contratos, la prohibición está referida a aquellos contratos de la entidad en que el servidor ejerce su cargo, y en que por razón de sus funciones hubiere intervenido en forma directa, por ello el impedimento se extiende a las personas jurídicas en las que tenga interés o participación dicho servidor, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida y sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Sobre esta materia, en oficio No. 04111 de 7 de octubre de 2011, en atención a una consulta formulada por la Municipalidad de Pujilí, me pronuncié en el siguiente sentido:

“De conformidad con el Art. 24 letra j) de la LOSEP, que prohíbe a los servidores públicos suscribir contratos con el Estado en su beneficio, o de sus parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, en atención a su consulta, se concluye que no es procedente que los servidores públicos municipales y cuerpo legislativo municipal suscriban contratos con la Municipalidad de Pujilí, en beneficio propio o que beneficien a sus parientes comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y el incurrir en dicha prohibición acarrea la destitución del servidor, de conformidad con lo previsto en la letra j) del Art. 48 de la Ley Orgánica del Servicio Público”.

El artículo 357 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), prevé que el secretario de los órganos legislativos de los gobiernos regionales, provinciales, metropolitanos y municipales, debe ser designado de fuera de su seno, de una terna presentada por el respectivo ejecutivo; sin embargo, dicho servidor no integra el Concejo y tampoco está incluido entre los dignatarios y servidores inhabilitados por los artículos 62 y 63 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 110 y 111 de su Reglamento.

Los impedimentos para contratar que establecen tanto los artículos 62 y 63 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, como la letra j) del artículo 24 de la Ley Orgánica del Servicio Público, tienen por objeto evitar que el servidor o sus familiares, obtengan ventajas o privilegios en el procedimiento de contratación, pues ello afectaría los principios de trato justo, igualdad y transparencia, determinados por el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Del análisis que precede se desprende que tratándose de un servidor público, la inhabilidad que establecen el numeral 4 del artículo 63 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el numeral 1 del artículo 111 de su Reglamento General y la letra j) del artículo 24 de la Ley Orgánica del Servicio Público, se configuraría si dicho servidor hubiere intervenido en forma directa, emitido informes, gestionado, tramitado o resuelto el procedimiento precontractual y/o contractual; y en tal evento, la inhabilidad sería extensiva a sus familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

En la consulta se ha expuesto que: “Los únicos funcionarios que intervinieron en la etapa precontractual, por disposición legal, fueron el Alcalde, en calidad de máxima autoridad de esta entidad contratante y las funcionarias de la unidad de Contratación Pública; y, en la etapa contractual, por disposición legal, fue la Procuraduría Síndica con la elaboración del contrato.”

La certificación es la “Constancia de autoridad de que el contenido o la firma de un documento son ciertos”.

Del análisis que precede se desprende que, la inhabilidad que establecen el numeral 4 del artículo 63 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el numeral 1 del artículo 111 de su Reglamento General y la letra j) del artículo 24 de la Ley Orgánica del Servicio Público, se configuraría si el servidor hubiere intervenido en el procedimiento precontractual y/o contractual en forma directa, y en tal evento, la inhabilidad sería extensiva a sus familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

Si bien el Secretario del Concejo Municipal, es un servidor municipal designado por el Concejo Municipal, no integra ese órgano colegiado. En consecuencia, el haber certificado la Resolución de adjudicación proveniente del Alcalde, no constituye intervención en el procedimiento precontractual o contractual y por tanto, no configura la inhabilidad establecida en la letra j) del artículo 24 de la LOSEP.

OF. PGE. N°: 05979, de 17-01-2012

JUBILACIÓN: DOCENTE QUE LABORÓ A MEDIO TIEMPO O TIEMPO PARCIAL

ENTIDAD CONSULTANTE: UNIVERSIDAD TÉCNICA DE MACHALA

CONSULTA:

“Al jubilarse un docente de la Universidad que laboró a medio tiempo (20 horas) o tiempo parcial (14 horas) debe indemnizársele con lo dispuesto en el Reglamento General de la Ley Orgánica de Educación Superior, sujetándonos a lo dispuesto en la LOSEP, es decir debe entregársele la indemnización completa a pesar de que solo laboró para la institución la mitad de su tiempo”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 229, 355 y Disp. Trans. Vigésimo Primera.

Ley Orgánica de Servicio Público Arts. 4, 70, 84, 129, 147, 149, 169 y Disp. Gen. Décima Octava.

Ley Orgánica de Educación Superior Arts. 70, 169 y Disp. Trans. Vigésima Reglamento General de la Ley Orgánica de Educación Superior Disp. Trans. Décima Novena.

Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte Art. 1.

PRONUNCIAMIENTO:

Esta Procuraduría con el oficio No. 05275 de 1 de diciembre de 2011 le requirió a usted copias certificadas de la documentación relacionada con su consulta, así como del oficio No. 0452- PG- UTMACH de 1 de noviembre de 2011 suscrito por el Procurador General (E) de dicha Universidad, el cual contiene el criterio jurídico institucional, requerimiento que fue atendido con el oficio No. 1378-R- UTMACH de 15 de diciembre de 2011, ingresado en este Despacho el 20 de diciembre del presente año.

El Procurador General (E) de la Universidad Técnica de Machala en el oficio No. 0452- PG- UTMACH de 1 de noviembre de 2011, reiterando lo expuesto en los oficios Nos. 384 PG- UTMACH y 407 PG- UTMACH de 20 de septiembre y 10 de octubre de 2011, respectivamente, y con relación del asunto consultado expresa lo siguiente:

“De la revisión realizada desde la vigencia de la Ley de Universidades y Escuelas Politécnicas, Ley de Educación Superior, y la actual Ley, no consta que los profesores universitarios deben ser indemnizados en parte proporcional de acuerdo a su tiempo de dedicación que laboró en las Instituciones de Educación Superior”.

“La Disposición Transitoria Décima Novena nos señala que, a partir del 2 de septiembre se indemnice a los profesores de conformidad con la Ley Orgánica del Servicio Público, considerando que hasta la presente fecha no se ha promulgado el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior”.

Concluye manifestando el Procurador General (E) lo siguiente:

“En consecuencia, estimo que es procedente el pago de la indemnización a los docentes siempre que cumplan con los requisitos de edad y número de imposi-

ciones al seguro social para acogerse a la jubilación, por el tiempo de servicio, toda vez que la indemnización no es por su carga horaria sino por el tiempo de servicio, conforme así lo indica la Ley Orgánica del Servicio Público”.

A fin de contar con mayores elementos de análisis, en forma previa a atender su consulta, este Organismo con el oficio No. 05276 de 1º de diciembre de 2011, requirió el criterio institucional del Ministerio de Relaciones Laborales, habiendo recibido respuesta mediante el oficio No. MRL- AJ- 2011 02960 de 22 de diciembre de 2011, suscrito por el Viceministro del Servicio Público, quien expresa lo siguiente:

“Tratándose de la jubilación en general, es un derecho que se encuentra consagrado en la Ley al que pueden acogerse las o los servidores públicos en forma definitiva, siempre y cuando cumplan con los requisitos de la Ley de Seguridad Social y lo que señala el Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, emitido por el Consejo Directivo del IESS en Resolución No. C. D. 100, publicada en el Registro Oficial No. 225 de 9 de marzo de 2006, sea para la jubilación ordinaria por vejez, por invalidez o por edad avanzada. La jubilación ordinaria por vejez permite al afiliado recibir de la seguridad social una pensión mensual vitalicia condicionado a que cumpla con sesenta (60) años de edad y trescientos sesenta imposiciones mensuales o un mínimo de cuatrocientos ochenta (480) imposiciones mensuales sin límite de edad, teniendo derecho específicamente a la liquidación de haberes que les corresponda por la cesación de funciones”.

En otra parte de su oficio, el Viceministro del Servicio Público señala:

“En los casos de las o los servidores que hayan cumplido los sesenta (60) años de edad y trescientos sesenta (360) imposiciones, en aplicación del inciso segundo del artículo 288 del Reglamento a la LOSEP, se les podrá aceptar su petición y se les reconocerá un estímulo y compensación económica en los términos del artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, quedando la competencia de dar al trámite o no el petitorio de retiro voluntario para acogerse a los beneficios de la jubilación en la autoridad nominadora”.

Expresa el Viceministro del Servicio Público en el oficio No. MRL- AJ- 2011 02960 de 22 de diciembre de 2011, lo siguiente:

“Así mismo la LOSEP y su Reglamento regula los casos de aquellos servidores que tienen setenta (70) años de edad y cumplan con los requisitos establecidos en la Ley de Seguridad Social que deben retirarse obligatoriamente del servicio público

con la correspondiente compensación. Adicionalmente éstas normas no contemplan la posibilidad de dar al trámite solicitudes para acogerse a los beneficios de la jubilación y la correspondiente compensación económica, al margen de una planificación y respaldo presupuestario”.

Concluye el Viceministro del Servicio Público, manifestando lo siguiente:

“Bajo el principio constitucional de que son servidoras y servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público, principio que es recogido por el artículo 4 y Décima Octava Disposición General de la Ley Orgánica del Servicio Público; y, artículo 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior, conducen a que las y los profesores y las y los investigadores de las universidades y escuelas politécnicas estatales gocen de los derechos comunes para todos los servidores públicos que contempla la LOSEP, como es el de gozar de prestaciones legales y de jubilación de conformidad con la Ley, y recibir indemnizaciones por retiro voluntario para acogerse a la jubilación, independiente de la jornada de trabajo que tenga en la institución ya sea a tiempo completo, medio tiempo o tiempo parcial, hasta tanto se expida el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior. Este criterio de ninguna manera constituye interferir en la gestión presupuestaria y de gasto de la Universidad estatal consultante”.

La Constitución de la República, en el Art. 229 prescribe que serán servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Similares términos constan en el Art. 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

La Ley Orgánica de Educación Superior, en el Art. 70 incisos primero y segundo, prescribe lo siguiente:

“Art. 70.- Régimen laboral de las y los servidores públicos y de las y los trabajadores del Sistema de Educación Superior.- El personal de las instituciones y organismos públicos del Sistema de Educación Superior son servidores públicos, cuyo régimen laboral se regirá por la Ley de Servicio Público de conformidad con las reglas generales; salvo el caso de los obreros que se regulan por el Código del Trabajo”.

El inciso segundo del Art. 70 de la Ley Orgánica citada, dispone: “Los profesores o profesoras e investigadores o investigadoras de las universidades y escuelas po-

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

El Art. 147 de la indicada Ley Orgánica, prevé que el personal académico de las universidades y escuelas politécnicas está conformado por “profesores o profesoras e investigadores o investigadoras”.

En cuanto al tiempo de dedicación a la docencia, el inciso tercero del Art. 149 citado prescribe que podrá ser exclusiva o tiempo completo, es decir, con cuarenta horas semanales; semiexclusiva o medio tiempo, y con veinte horas semanales; a tiempo parcial, con menos de veinte horas semanales. Manifiesta que, ningún profesor o funcionario administrativo con dedicación exclusiva o tiempo completo podrá desempeñar simultáneamente dos o más cargos de tiempo completo en el sistema educativo, en el sector público o en el sector privado, y que el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, normará esta clasificación, estableciendo las limitaciones de los profesores.

De las normas de la Ley Orgánica de Educación Superior que anteceden se desprende que el Art. 70 prevé que los profesores e investigadores de las universidades y escuelas politécnicas públicas son servidores públicos sujetos a las normas generales del servicio público y a un régimen propio contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior; el Art. 147 de la Ley en mención prescribe que el personal académico de las universidades y escuelas politécnicas lo conforman profesores e investigadores, y, el Art. 149 de la misma Ley Orgánica, clasifica a los profesores e investigadores en titulares, invitados, ocasionales u honorarios. A su vez, los profesores titulares podrán ser principales, agregados o auxiliares, siendo el tiempo de dedicación a la docencia universitaria exclusiva o a tiempo completo, semiexclusiva o medio tiempo y a tiempo parcial.

El Art. 169 de la referida Ley Orgánica, establece que es atribución y deber del Consejo de Educación Superior, en el ámbito de esa Ley: “...m) Aprobar al menos los siguientes reglamentos:...4.- De Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior”.

La Disposición Transitoria Vigésima de la Ley Orgánica de Educación Superior, dispone que el Consejo de Educación Superior en el plazo de ciento ochenta días

a partir de su constitución, “deberá expedir el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, que regule el ingreso, promoción, estabilidad, escalafón, evaluación, cesación y jubilación de dicho personal”.

La Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, en el Art. 84 prescribe que los docentes e investigadores de las universidades se rigen por la Ley de Educación Superior, en función de lo previsto en el Art. 355 de la Constitución de la República; y, los servidores que prestan sus servicios en calidad de Técnicos Docentes, estarán regulados por la Ley Orgánica del Servicio Público.

Por su parte, la Disposición General Décima Octava de la LOSEP, dispone que para la aplicación de dicha Ley y su Reglamento se tendrá como tal entre otros conceptos el de Docente: “Toda servidora o servidor legalmente nombrado o contratado para prestar servicios exclusivamente de docencia en centros educativos, Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas; y, las del Sistema Nacional de Educación Pública”.

De las normas del Art. 169, Disposición Transitoria Vigésima de la Ley Orgánica de Educación Superior, Art. 84 y Disposición General Décima Octava de la Ley Orgánica del Servicio Público, se desprende que los docentes de las universidades públicas son servidores públicos, que se rigen por la Ley Orgánica de Educación Superior, sujetos a un régimen propio que estará contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, que fijará las normas que regule el ingreso, promoción, estabilidad, escalafón, evaluación, cesación y jubilación.

La Disposición Transitoria Vigésima Primera de la Constitución de la República, dispone que el Estado estimulará la jubilación de los docentes del sector público, mediante el pago de una compensación variable que relacione edad y años de servicio, cuyo monto máximo será de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado, y de cinco salarios básicos unificados del trabajador privado en general por año de servicios. Agrega que, la ley regulará los procedimientos y métodos de cálculo.

La Ley Orgánica del Servicio Público, en el Art. 129 prescribe lo siguiente:

“Artículo 129.- Beneficio por jubilación.- Las y los servidoras o servidores, de las entidades y organismos comprendidos en el artículo 3 de esta ley, que se acojan a los beneficios de la jubilación, tendrán derecho a recibir por una sola vez cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio conta-

dos a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, para cuyo efecto, se efectuarán las reformas presupuestarias correspondientes en función de la disponibilidad fiscal existente. Se podrá pagar este beneficio con bonos del Estado. Se exceptúan de esta disposición los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional”.

Del texto del Art. 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, se desprende que para efectos del pago del beneficio por jubilación ahí establecido, el cálculo se debe realizar por cada año de servicio contado a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total; es decir, que el quinto año de servicio es la base o piso del beneficio a que tiene derecho el servidor que se acoja a la mencionada compensación.

Para que proceda el reconocimiento del beneficio por jubilación dispuesto en el Art. 129 de la LOSEP, el servidor deberá cumplir con los requisitos y presupuestos para la jubilación previstos en la Ley de Seguridad Social, que en sus artículos 185 y 188 establecen los requerimientos que deben acreditarse para acceder a la jubilación ordinaria de vejez y por edad avanzada.

Así mismo, el servidor deberá cumplir con los requisitos señalados en el “Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte”, que en el Art. 1 determina las condiciones que deben cumplir los afiliados para tener derecho a la jubilación por vejez, inicialmente expedido mediante Resolución del Consejo Directivo del IESS No. C. D. 100, publicada en el Registro Oficial No. 225 de 9 de marzo de 2006.

Mediante el Decreto Ejecutivo No. 865, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 526 de 2 de septiembre de 2011, el señor Presidente de la República expidió el Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Superior.

La Disposición Transitoria Décima Novena del Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Superior, dispone lo siguiente:

“Décima Novena.- El Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior normará lo relacionado con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley.

Hasta que se expida el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, las jubilaciones que se produzcan a partir de la expedición de este reglamento se sujetarán a las disposiciones de la LOSEP.

El Estado no financiará ninguna jubilación complementaria de un trabajador que renuncie luego del 31 de diciembre de 2014”.

Por lo expuesto se concluye que la Universidad Técnica de Machala debe otorgar el beneficio de jubilación previsto en el Art. 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público cuyo texto quedó citado, al docente que se acoja a la jubilación, y haya laborado a medio tiempo o tiempo parcial (20 y 14 horas, semanales, en su orden, según el inciso tercero del artículo 149 de la Ley de Educación Superior) siempre que el servidor cumpla con los requisitos para la jubilación previstos en los Arts. 185 y 188 de la Ley de Seguridad Social, y en el Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, que en el Art. 1 determina las condiciones que deben cumplir los afiliados para tener derecho a la jubilación por vejez, inicialmente expedido mediante Resolución No. C. D. 100, publicada en el Registro Oficial No. 225 de 9 de marzo de 2006.

OF. PGE. N°: 05884, de 10-01-2012

JUBILACIÓN: PUESTOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN –DOCENTES UNIVERSITARIOS

ENTIDAD CONSULTANTE: UNIVERSIDAD AGRARIA DEL ECUADOR

CONSULTAS:

1. “¿Es obligatorio para quien está comprendido dentro del Régimen de Libre Nombramiento y Remoción, retirarse si cumple la edad determinada en el artículo 81 de la Ley de Servicio Público, no obstante que el mismo artículo prescribe que el régimen de libre nombramiento y remoción tendrá carácter de excepcional?”.
2. “¿Los docentes universitarios al cumplir 70 años, tienen obligatoriamente que retirarse para jubilarse?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 355.
Ley Orgánica de Servicio Público Arts. 81, 83 lits. a) y h), 84, 85 y 129.
Ley Orgánica de Educación Superior Arts. 70, 169 y Disp. Trans. Vigésima.

PRONUNCIAMIENTO:

1. La Procuraduría General del Estado mediante el oficio No. 07065 de 20 de marzo de 2012, requirió al Ministerio de Relaciones Laborales el criterio institucional respecto de los temas consultados por usted, lo que fue atendido con el oficio No. MRL- AJ- 2012 – 2792 de 17 de abril de 2012, ingresado el 18 de abril del presente año.

El Viceministro del Servicio Público en el oficio citado expresa lo siguiente:

“...por mandato de la Constitución de la República, las y los servidores públicos están por excepción sujetos a un régimen de libre nombramiento y remoción; y es la LOSEP en el artículo 83, la que taxativamente describe a aquellos que no están protegidos por la carrera ni por la estabilidad laboral, disposición legal que es concordante con el artículo 85 de éste mismo cuerpo legal, que dispone que las autoridades nominadoras pueden designar y remover libremente a las y los servidores públicos que ocupen puestos señalados en los literales a) y h) del artículo 83, sin que constituya destitución ni sanción disciplinaria de ninguna naturaleza”.

Concluye el Viceministro del Servicio Público manifestando lo siguiente:

“Por tanto corresponde a la autoridad nominadora bajo la atribución discrecional que goza de cesar o no en funciones a las y los servidores públicos que ocupen puestos de libre nombramiento y remoción determinados en la Ley, independientemente de la edad que tengan, asunto este que no cambia la naturaleza jurídica de poder ser removidos del puesto de trabajo”.

Mediante oficios Nos. 00346 de 7 de enero de 2011, 01122 de 29 de marzo de 2011 y 03325 de 19 de agosto de 2011, esta Procuraduría se ha pronunciado respecto del tema materia de su consulta, sin que sea necesario emitir un nuevo pronunciamiento al respecto.

2. En el oficio No. 099-PS.2012 de 23 de febrero de 2012 anexado a su consulta, el Procurador Síndico de la Universidad Agraria del Ecuador menciona los artículos 84 y 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público relacionados con la carrera docente y el beneficio por jubilación de los servidores públicos; así como el inciso segundo del artículo 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior relativo al régimen laboral de los profesores e investigadores de las universidades y escuelas politécnicas públicas; y concluye manifestando que, “dado que la propia Ley de Servicio Público determina en el artículo ya citado anteriormente, que los docen-

tes estarán sujetos a la Ley Orgánica de Educación Superior, la obligatoriedad para jubilarse por cumplir una edad determinada podrá ser contemplada en el Reglamento de Carrera y Escalafón, que deberá dictar el Consejo de Educación Superior; mientras tanto, puedo concluir que no existe una norma impositiva expresa para la jubilación perentoria de los docentes universitarios”.

El Viceministro del Servicio Público en el oficio No. MRL- AJ- 2012- 2792 de 17 de abril de 2012, expresa lo siguiente:

“En cuanto a la segunda consulta, en apego a las disposiciones legales antes citadas, hay que considerar que la LOSEP en el segundo inciso del artículo 129, permite el reingreso de aquellas personas que reciben jubilación o pensiones de retiro, a puestos de libre nombramiento y remoción, a puestos que estén ubicados en el nivel jerárquico superior; y, docencia universitaria e investigación científica; es decir la Ley ha previsto como excepción, de que las y los ciudadanos que reciben jubilación o retiro, puedan seguir aportando sus conocimientos ejerciendo funciones en determinados puestos, lo que implica que un docente universitario o politécnico que tenga 70 años de edad, no está en la obligación de retirarse para efectos de la jubilación, salvo que su voluntad sea el acogerse a esos beneficios que contempla la legislación social”.

Concluye el Viceministro del Servicio Público señalando que: “Habrá que precisar que será el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, que debe expedirse conforme lo establece la Vigésima Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Educación Superior, el que regule la jubilación del personal docente”.

De conformidad con el artículo 83 de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, están excluidos del sistema de carrera del servicio público: “...l) Las o los docentes e investigadores de las instituciones educativas públicas del Sistema de Educación Superior”.

El artículo 84 de la LOSEP, establece que los docentes e investigadores de las universidades se rigen por la Ley Orgánica de Educación Superior, en función a lo consagrado en el artículo 355 de la Constitución de la República.

El citado artículo 355 de la Constitución prescribe que el Estado reconocerá a las universidades y escuelas politécnica autonomía académica, administrativa, financiera y orgánica, acorde con los objetivos del régimen de desarrollo y los principios establecidos en la Constitución.

De los artículos 83 letra l) y 84 de la Ley Orgánica del Servicio Público, se desprende que los docentes e investigadores de las universidades se rigen por la Ley Orgánica de Educación Superior.

El inciso segundo del artículo 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior determina que, “Los profesores o profesoras e investigadores o investigadoras de las universidades y escuelas politécnicas públicas son servidores públicos sujetos a un régimen propio que estará contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, que fijará las normas que rijan el ingreso, promoción, estabilidad, evaluación, perfeccionamiento, escalas remunerativas, fortalecimiento institucional, jubilación y cesación”.

El artículo 169 de la citada Ley Orgánica establece que es atribución y deber del Consejo de Educación Superior, en el ámbito de esa Ley: “...m) Aprobar al menos los siguientes reglamentos:...4.- De Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior”.

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

De los artículos 70, 169 y Disposición Transitoria Vigésima de la Ley Orgánica de Educación Superior, se establece que los profesores e investigadores de las universidades y escuelas politécnicas públicas son servidores públicos sujetos a un régimen propio que estará contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, que deberá expedir el Consejo de Educación Superior.

De conformidad con el artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, se establece dentro del sector público, la carrera del servicio público, con el fin de obtener eficiencia en la función pública, mediante la implantación del sistema de méritos y oposición que garantice la estabilidad de los servidores idóneos.

El inciso sexto del citado artículo 81 de la LOSEP que motiva su consulta dispone que, “Las servidoras y servidores, a los setenta (70) años de edad, que cumplan los requisitos establecidos en las leyes de la seguridad social para la jubilación,

obligatoriamente tendrán que retirarse del servicio público y cesarán en su puesto. Percibirán una compensación conforme a la Disposición General Primera”.

El inciso primero de la Disposición General Primera de la LOSEP, hace relación a que el monto de la indemnización por supresión de partidas del personal de las instituciones, entidades y organismos determinados en el artículo 3 de esta ley, será igual al indicado en su artículo 129.

El artículo 129 de la LOSEP, contempla que los servidores de las entidades y organismos comprendidos en el artículo 3 de esta ley, que se acojan a los beneficios de la jubilación, tendrán derecho a recibir por una sola vez cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio contados a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total. En su inciso segundo determina que, “Los jubilados y quienes reciban pensiones de retiro solamente podrán reingresar al sector público en caso de ocupar puestos de libre nombramiento y remoción y aquellos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior, así como puestos de docencia universitaria e investigación científica”.

Conforme al artículo 81 de la LOSEP antes referido, se establece dentro del sector público la carrera del servicio público y por tanto la garantía de estabilidad del servidor, debiendo retirarse obligatoriamente de la carrera del servicio público al cumplir los setenta años de edad, para lo cual deberá acogerse a la jubilación cumpliendo los requisitos establecidos en las leyes de la seguridad social para la jubilación, y percibiendo una compensación; situación que no impide al servidor jubilado para que pueda continuar laborando en el sector público, en calidad de docente universitario, conforme lo establece el inciso segundo del artículo 129 de la LOSEP.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta que conforme a los artículos 83 y 84 de la Ley Orgánica del Servicio Público, los docentes de las universidades se rigen por la Ley Orgánica de Educación Superior, se concluye que los docentes universitarios que cumplan setenta años de edad, no están obligados a jubilarse conforme al inciso sexto del artículo 81 de la LOSEP; tanto más que, conforme al inciso segundo del artículo 129 de la referida Ley Orgánica, los jubilados no tienen impedimento para reingresar al sector público a desempeñar puestos de docencia universitaria e investigación científica.

OF. PGE. N°: 08026, de 28-05-2012

JUBILACIÓN COMPLEMENTARIA

ENTIDAD CONSULTANTE: UNIVERSIDAD DE CUENCA

CONSULTA:

“¿Es procedente la transferencia de los recursos asignados en el presupuesto de la Universidad de Cuenca, correspondientes al año 2011, para financiar la jubilación complementaria que FONDOPROVIDA otorga a los servidores del Plantel que han cumplido los requisitos de edad y años de servicio?”

BASES LEGALES:

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado Art. 13.

Ley Orgánica de Educación Superior Arts. 1, 2, 70 y Derogatoria Quinta.

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 3 y 84.

Código Civil Art. 18 num. 1.

D. E. N° 1953 Arts. 1 y 2 (derogado).

Res. N° 17 de la PGE Art. 4.

Estatuto del Fondo para la Protección de la Vida, la Salud y la Vejez de los Servidores de la Universidad de Cuenca “Fondo Complementario Provisional Cerrado (FONDOPROVIDA) Arts. 1, 2, 5, 7.

PRONUNCIAMIENTO:

La consulta que, con idéntico tenor fue planteada por usted mediante oficio No. 0001386 RECTORADO de 16 de noviembre de 2011, fue remitida a este Despacho por el Director Regional de la Procuraduría General del Estado en Cuenca, con oficio No. 00409 de 29 de noviembre de 2011, recibido al día siguiente.

Mediante oficio No. 05383 de 9 de diciembre de 2011, este Organismo solicitó a usted la remisión del criterio jurídico debidamente fundamentado; y, de copias certificadas del Estatuto de creación del Fondo de Jubilación sobre el que trata la consulta así como de las Resoluciones del Consejo Universitario a las que alude el oficio inicial de consulta.

Dichos requerimientos se realizaron de conformidad con el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y del artículo 4 de la Resolución No. 17 de este Organismo, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007, cuyo artículo 4 dispone que: “Al oficio de consulta se adjuntará obligatoriamente el criterio escrito y en texto independiente del Asesor Jurídico de la institución, sobre el asunto materia de la consulta, así como todos los documentos relacionados con la misma, en copias certificadas por autoridad competente”.

Con oficios No. 05626 de 27 de diciembre de 2011 y 05885 de 10 de enero de 2012, la Procuraduría General del Estado insistió en los requerimientos formulados; y, mediante oficio No. 06296 de 10 de febrero de 2012, este Organismo dispuso el archivo del expediente de consulta de conformidad con el artículo 1 de la Resolución No. 121, publicada en el Registro Oficial No. 264 de 25 de agosto de 2010.

En virtud de que mediante oficio No. 0000113-RECTORADO-2012 de 13 de febrero de 2012, ingresado el 15 de febrero del presente año, se han atendido los requerimientos de este Organismo y se han remitido las copias certificadas de la documentación relacionada con su consulta, procede la reactivación del trámite al tenor del artículo 7 de la citada Resolución No. 121 de este Organismo.

En el oficio inicial de consulta se expuso que la Universidad de Cuenca creó un Fondo de Jubilación denominado “Fondoprovida”, al amparo del Decreto Legislativo s/n publicado en el Registro Oficial No. 380 de 3 de diciembre de 1953, derogado por la vigente Ley Orgánica de Educación Superior.

Se agregó que, mediante Resolución del Consejo Universitario, aprobada en sesión de 9 de febrero de 2010 se resolvió incluir en el presupuesto de la Universidad “correspondiente al ejercicio económico 2010 una partida presupuestaria de \$1’654.380,94 como aporte del Plantel al Fondo de Jubilación de sus servidores”.

El informe del Director Jurídico de la Universidad de Cuenca, contenido en oficio sin número de 19 de diciembre de 2011, remitido a pedido nuestro, cita entre otras normas el artículo 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior que prohíbe que los recursos del Estado financien fondos privados de jubilación complementaria, así como la Disposición Transitoria Décimo Novena de la misma Ley Orgánica que, con relación a los fondos de pensión complementaria creados al amparo del Decreto Legislativo de 1953 prevé que los actuales beneficiarios continuarán en goce de dicho beneficio.

Añade el citado informe que, mediante Resolución del H. Consejo Universitario, de 6 de agosto de 2002 se aprobó el “Reglamento de jubilación universitaria, patronal y fondo de cesantía para los servidores de la Universidad de Cuenca que se financia entre otros por la contribución de la Universidad de Cuenca”; que mediante Resolución de 16 de diciembre de 2003 se “resuelve incrementar el 3% de los gastos de personal, como contribución adicional del presupuesto de la Universidad al Fondo de Jubilación Complementaria con el fin de proteger la subsistencia futura de dicho fondo...”; y, con Resolución de 1 de agosto de 2006 se modifica “la base de aportes que realiza la Universidad, incluyendo en

la partida de gastos de personal los mismos que serán calculados en porcentajes y no en un monto fijo.”

El informe argumenta que mediante pronunciamiento del Procurador General del Estado, se ha concluido que el Decreto Legislativo de 1953 que creó la jubilación auxiliar en beneficio de los docentes de las Universidades públicas “tiene el carácter de ley”; y, concluye que “SI PROCEDE la transferencia de los recursos asignados en el Presupuesto de la Universidad de Cuenca, correspondientes al año 2011, para financiar la jubilación complementaria que el FONDOPROVIDA otorga a los servidores del Plantel que han cumplido los requisitos de edad y años de servicio...”

De las copias certificadas de las actas de sesiones del H. Consejo Universitario de la Universidad de Cuenca, remitidas a pedido nuestro se desprende que:

- a) En sesión de 16 de diciembre de 2003 el Consejo Universitario resolvió, según el punto 4 del acta “incrementar el 3% de los gastos de personal, como contribución adicional del presupuesto de la Universidad al Fondo de Jubilación complementaria, con el fin de proteger la subsistencia futura de dicho fondo.”
- b) En sesión de 19 de abril de 2005, en el punto 1 consta que “Por petición del Señor vicerrector se realiza la siguiente aclaración sobre la contribución de la Universidad al Fondo de Jubilación: 1) Que la nueva contribución no sea mayor a TRESCIENTOS MIL DOLARES ANUALES. 2) Que este monto sea incorporado en el presupuesto universitario en forma progresiva, iniciándose con un porcentaje equivalente (al) 25% en el año 2006, el 50% en el 2007, 75% en el año 2008 y desde el año 2009 el 100%...”
- c) En sesión de 1 de agosto de 2006, en el punto 3 consta que “Ante la petición realizada por el Consejo de Administración del FONDOPROVIDA para continuar los trámites ante la Superintendencia de Bancos y Seguros para la aprobación de sus estatutos y contando con el apoyo de las Asociaciones de Profesores y Empleados, por unanimidad se autoriza modificar la base de aportes que realiza la Universidad al Fondo, esto es, de una cantidad fija a un porcentaje y unificar en la partida de gastos de personal...”

Según el artículo 2 del Estatuto del Fondo para la Protección de la Vida, la Salud y la Vejez de los Servidores de la Universidad de Cuenca “Fondo Complementario Previsional Cerrado (FONDOPROVIDA)”, aprobado el 30 de junio de 2005, cuya

copia certificada ha sido remitida a pedido nuestro, el FONDOPROVIDA “es un organismo privado, con un patrimonio autónomo, con finalidad social y sin fines de lucro, que tiene como propósito contribuir a robustecer la protección de los servidores de la Universidad de Cuenca contra las contingencias de la vejez y la enfermedad...”

Según el artículo 5 del citado Estatuto, FONDOPROVIDA “está integrado por el Fondo de jubilación, el Fondo de Cesantía y la Unidad de Asistencia de la Salud y Seguro de Vida, cada uno de los cuales se financia con recursos independientes”.

Con respecto al fondo de jubilación, el artículo 7 del Estatuto dispone que “se financia con los recursos acumulados hasta la fecha, con las asignaciones realizadas por la Universidad de Cuenca, con los aportes de los socios activos y jubilados, con el rendimiento de sus inversiones y con otros recursos que en el futuro contribuyan a sus fines.” El mismo artículo prevé que “La asignación anual de la Universidad de Cuenca consiste en un porcentaje de la partida presupuestaria “Gastos de Personal”.

El contenido de la consulta exige considerar como antecedente que de conformidad con el artículo 1 de sus Estatutos, la Universidad de Cuenca “fue creada por Decreto Legislativo, expedido por el Senado y la Cámara de Diputados del Ecuador, reunidos en Congreso el 15 de octubre de 1867 y sancionado por el Presidente de la República, el diez y ocho del mismo mes y año”. El mismo artículo dispone que es una persona jurídica de derecho público.

El segundo inciso del artículo 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior, dispone que: “Los profesores o profesoras e investigadores o investigadoras de las universidades y escuelas politécnicas públicas son servidores públicos sujetos a un régimen propio que estará contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, que fijará las normas que rijan el ingreso, promoción, estabilidad, evaluación, perfeccionamiento, escalas remunerativas, fortalecimiento institucional, jubilación y cesación...”; y, el último inciso de la misma norma prescribe lo siguiente:

“Se prohíbe que recursos provenientes del Estado financien fondos privados de jubilación complementaria, de cesantía privados o cualquier fondo privado sea cual fuere su denominación en las instituciones del Sistema de Educación Superior públicas o particulares que reciben rentas o asignaciones del Estado. Estos fondos podrán continuar aplicándose y generando sus prestaciones para efecto de este tipo de coberturas, siempre y cuando consideren para su financiamiento única y exclusivamente los aportes individuales de sus beneficiarios.”

Por su parte, el quinto inciso del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, en su parte pertinente dispone que: “los... docentes universitarios se regularán en lo atinente a ascensos, evaluaciones y promociones por sus leyes específicas, excluyéndose de dichos procesos al personal técnico docente y administrativo que se regulará por esta ley”; y, el artículo 84 *ibídem*, prevé que los docentes e investigadores de las universidades se rigen por la Ley de Educación Superior, en función de lo previsto en el artículo 355 de la Constitución de la República.

De los artículos 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior y 84 de la Ley Orgánica del Servicio Público, se desprende que los docentes de las universidades públicas están sujetos a la Ley Orgánica de Educación Superior.

El Decreto Legislativo publicado en el Registro Oficial N. 380 de 3 de diciembre de 1953, en sus artículos 1 y 2 disponía lo siguiente:

“Art. 1°.- Los profesores universitarios jubilados por la Caja de Pensiones, tendrán derecho a una pensión auxiliar a cargo del Presupuesto de la Universidad respectiva, siempre que hubieren completado treinta años de servicios en Instituciones Educativas y tuvieren por lo menos cincuenta y cinco años de edad.

La pensión auxiliar será la diferencia entre el último sueldo mensual que hubiere percibido el profesor y la jubilación otorgada por la Caja de Pensiones”.

“Art. 2°.- Los Profesores universitarios jubilados por el Estado con pensiones inferiores a setecientos sucres, tendrán derecho a que desde enero de mil novecientos cincuenta y cuatro se les pague el doble de su actual pensión”.

Del tenor del artículo 1 del Decreto Legislativo de 1953, la pensión auxiliar creada en beneficio de los profesores de las universidades públicas, no estaba constituida por aportes individuales, sino únicamente con recursos provenientes del presupuesto de la respectiva Universidad; y, se pagaría siempre que el docente hubiere cumplido con el tiempo de servicio y la edad previstos en dicho Decreto Legislativo.

La Derogatoria Quinta de la Ley Orgánica de Educación Superior, derogó los artículos 1° y 2° del Decreto Legislativo publicado en el Registro Oficial No. 380 de 3 de diciembre de 1953.

Sin embargo, con respecto a la jubilación creada por el derogado Decreto Legislativo, la Disposición Transitoria Décima Novena de la vigente Ley Orgánica de Educación Superior, prevé lo siguiente:

“Jubilación Complementaria.- Los fondos de pensión complementaria creados al amparo del Decreto Legislativo de 1953 que estableció la pensión auxiliar para el personal académico de las universidades y escuelas politécnicas, continuarán generando este beneficio con recursos del Estado en los términos indicados en el aludido Decreto Legislativo, para los actuales beneficiarios.

Los profesores e investigadores de las instituciones públicas del Sistema de Educación Superior que se hubieren acogido a la jubilación patronal antes de la vigencia de esta Ley o los que lo hicieren hasta diciembre de 2014, recibirán este beneficio”.

De las disposiciones del derogado Decreto Legislativo publicado en el Registro Oficial No. 380 de 3 de diciembre de 1953, se desprende que el beneficio que dicho Decreto creó se limita a “los profesores universitarios”; y, que la Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior que contempla la jubilación complementaria creada al amparo del citado Decreto Legislativo, se refiere también exclusivamente al personal académico, que actualmente es beneficiario de la prestación de pensión auxiliar creada al amparo del citado Decreto Legislativo, así como a los profesores e investigadores que se hubieren acogido a la jubilación antes del 12 de octubre de 2010 en que se promulgó esa Ley Orgánica, o lo hicieren hasta diciembre del año 2014.

El numeral 1 del artículo 18 del Código Civil dispone que cuando el sentido de la Ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Sobre dicha base normativa, en pronunciamiento contenido en oficio No. 3358 de 23 de agosto de 2011, en atención a una consulta formulada por la Universidad Nacional de Chimborazo, a la que ha hecho referencia el informe del Director Jurídico de la Universidad consultante, concluí que: se “debe pagar la jubilación complementaria prevista en el Decreto Legislativo publicado en el Registro Oficial No. 380 de 3 de diciembre de 1953 exclusivamente al personal académico que actualmente es beneficiario del fondo de jubilación, así como también a los profesores e investigadores de la Institución que se hubieren acogido a la jubilación antes de la vigencia de la Ley Orgánica de Educación Superior, o los que lo hicieren hasta el mes de diciembre del 2014, por mandato de la Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior, anteriormente citada.”

Sobre la base de la Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior, se concluye que corresponde a la Universidad de Cuenca incluir en su presupuesto los recursos destinados a la jubilación complemen-

taria, exclusivamente respecto del personal docente de ese establecimiento de educación superior, que actualmente es beneficiario de la prestación de pensión auxiliar creada al amparo del Decreto Legislativo de 1953 así como también a los profesores e investigadores de la Institución que se hubieren acogido a la jubilación antes de la vigencia de la Ley Orgánica de Educación Superior, o los que lo hicieren hasta el mes de diciembre del 2014, pero atenta la prohibición del artículo 70 de la misma Ley, que impide que recursos públicos financien fondos privados de jubilación complementaria, la jubilación de los docentes e investigadores beneficiarios de dicha prestación, debe ser asumida en forma directa por la Universidad de Cuenca y no por el FONDOPROVIDA.

Este pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de las normas legales invocadas, siendo de responsabilidad del consultante la determinación, liquidación y pago de los valores que correspondan en cada caso.

OF. PGE. N°: 06976, de 14-03-2012

JUBILACIÓN COMPLEMENTARIA DE OTRA INSTITUCIÓN Y BONO JUBILAR: DOCENTES

ENTIDAD CONSULTANTE: UNIVERSIDAD AGRARIA DEL ECUADOR

CONSULTAS:

1. "Si el docente se jubiló mientras estaba vigente en la Universidad el pago del Bono Jubilar y recibió el valor correspondiente a tal beneficio. Una vez que la Ley de Educación Superior promulgada el 12 de octubre de 2010, contempla el pago de la Jubilación Complementaria, tiene derecho a que la Universidad le pague la Jubilación Complementaria, en los términos del Decreto de 1953, devolviendo el valor recibido por Bono Jubilar".
2. "Si el docente que recibió el beneficio contemplado en el artículo 8 del Mandato Constitucional No. 2 mientras estuvo vigente, por haberse retirado para acogerse a la jubilación y no percibe jubilación complementaria de otra institución, ¿tiene derecho a que la Universidad le pague la Bonificación Complementaria?".
3. "¿Si un docente que se ha jubilado en la Universidad de Guayaquil, trabajando simultáneamente en la Universidad Agraria del Ecuador, a su renuncia tiene

derecho a que la Universidad le reconozca también el pago de la Jubilación Complementaria?”.

4. “Si un docente que, sin perjuicio de reunir los requisitos contemplados en el Decreto de 1953 y en la Disposición Transitoria Décimo Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior, renunció antes de la vigencia de la ley y continuó laborando en un colegio de segunda enseñanza, del cual se jubiló posteriormente, ¿por reunir los requisitos de la ley tiene derecho a la Jubilación complementaria en la Universidad?”.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica de Educación Superior Art. 70, Disp. Trans. Décima Novena y Derogatoria Quinta.

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 3 y 84.

LOSCCA Art. 5 (derogada).

Código Civil Art. 18 num. 1.

Mandato Constituyente N° 2 Art. 8.

D.E. N° 1953 Arts. 1 y 2 (derogado).

A. N° MRL-2009-00017 Art. 1.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. En el oficio No. 092-PS.2012 de 16 de febrero de 2012, el Procurador Síndico de la Universidad Agraria del Ecuador, manifiesta que la Ley No. 158 de Creación de esa Institución de Educación Superior “reconoció los derechos adquiridos de los profesores que pasaron a formar parte de la Universidad Agraria del Ecuador desde la Universidad Estatal de Guayaquil. Consecuentemente mantenían sus derechos a la JUBILACIÓN COMPLEMENTARIA, una vez que por el transcurso del tiempo cumplieron con los requisitos para recibir tal beneficio”.

Expresa el Procurador Síndico que: “El 11 de septiembre de 1996, por iniciativa expresa del Rector de la Institución y, previo consenso con el sector docente, el H. Consejo Universitario de la UAE, mediante resolución No. 132-CU-96, aprobó el reglamento para el establecimiento de la Bonificación Jubilar en la Universidad Agraria del Ecuador, en reemplazo de la Jubilación Complementaria”; y que, “La Jubilación Patronal Complementaria fue restituida a partir del 1 de noviembre de 2007, mediante resolución dada por el H. Consejo Universitario en la fecha indicada, por considerar inaplicable ya el mantenimiento del Bono Jubilar”.

Añade el Procurador Síndico que, “el Bono Jubilar, comprendía el pago de un valor calculado de acuerdo con la escala fijada en la resolución, por una sola vez, es decir, terminaban las obligaciones de la institución”.

Concluye el Procurador Síndico manifestando que, “quienes renunciaron para acogerse a la jubilación mientras estaba vigente el Bono Jubilar que sustituía a la Jubilación Complementaria, para tener derecho a la Jubilación Complementaria determinada por la Ley de Educación Superior, en la disposición ya citada; lamentablemente tendrían que devolver el valor que recibieron por una sola vez, en calidad de Bono Jubilar”.

Respecto del Bono Jubilar, el Procurador Síndico expresa lo siguiente:

“El 11 de septiembre de 1996, por incitativa expresa por el Rector de la Institución y, previo consenso con el sector docente, el H. Consejo Universitario de la UAE, mediante Resolución No. 132-CU-96, aprobó el reglamento para el establecimiento de la Bonificación Jubilar en la Universidad Agraria del Ecuador, en reemplazo de la Jubilación Complementaria.

La Jubilación Patronal Complementaria fue restituida a partir del 1 de noviembre de 2007, mediante resolución dada por el H. Consejo Universitario en la fecha indicada, por considerar inaplicable ya el mantenimiento del Bono Jubilar.

Cabe recordar que el Bono Jubilar, comprendía el pago de un valor calculado de acuerdo con la escala fijada en la resolución, por una sola vez, es decir, terminaban las obligaciones de la Institución”.

Al respecto, se aprecia que al haber sido creada la jubilación auxiliar mediante Decreto Legislativo, no era procedente que mediante Reglamento, el H. Consejo Universitario de la Universidad Agraria del Ecuador haya reemplazado dicha Jubilación Auxiliar por el Bono Jubilar.

En todo caso, el pago del Bono Jubilar antes referido, en beneficio de los ex docentes, será de exclusiva responsabilidad de las autoridades de la Universidad Agraria del Ecuador que hubieren autorizado su pago; correspondiendo a la Auditoría Interna de la Institución a su cargo, así como a la Contraloría General del Estado, determinar las eventuales responsabilidades de los funcionarios y servidores por el pago de dicho Bono Jubilar.

Por otra parte, el segundo inciso del artículo 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior dispone que: “Los profesores o profesoras e investigadores o investigadoras de las universidades y escuelas politécnicas públicas son servidores públicos sujetos a un régimen propio que estará contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del sistema de Educación Superior, que fijará las normas que rijan el ingreso, promoción, estabilidad, evaluación,

perfeccionamiento, escalas remunerativas, fortalecimiento institucional, jubilación y cesación...”; y, el último inciso de la misma norma prescribe lo siguiente:

“Se prohíbe que recursos provenientes del Estado financien fondos privados de jubilación complementaria, de cesantía privados o cualquier fondo privado sea cual fuere su denominación en las instituciones del Sistema de Educación Superior públicas o particulares que reciben rentas o asignaciones del Estado. Estos fondos podrán continuar aplicándose y generando sus prestaciones para efecto de este tipo de coberturas, siempre y cuando consideren para su financiamiento única y exclusivamente los aportes individuales de sus beneficiarios”.

Por su parte, el quinto inciso del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, en su parte pertinente dispone que: “los...docentes universitarios se regularán en lo atinente a ascensos, evaluaciones y promociones por sus leyes específicas, excluyéndose de dichos procesos al personal técnico docente y administrativo que se regulará por esta ley”; y, el artículo 84 *ibídem*, prevé que los docentes e investigadores de las universidades se rigen por la Ley de Educación Superior, en función de lo previsto en el artículo 355 de la Constitución de la República.

De los artículos 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior y 84 de la Ley Orgánica del Servicio Público, se desprende que los docentes de las universidades públicas están sujetos a la Ley Orgánica de Educación Superior.

Respecto de la pensión auxiliar, el Decreto Legislativo de 1953 disponía lo siguiente:

“Art. 1°- Los profesores universitarios jubilados por la Caja de Pensiones, tendrán derecho a una pensión auxiliar a cargo del Presupuesto de la Universidad respectiva, siempre que hubieren completado treinta años de servicios en Instituciones Educativas y tuvieren por lo menos cincuenta y cinco años de edad.

La pensión auxiliar será la diferencia entre el último sueldo mensual que hubiere percibido el profesor y la jubilación otorgada por la Caja de Pensiones.

Art. 2°- Los profesores universitarios jubilados por el Estado con pensiones inferiores a setecientos sucres, tendrán derecho a que desde enero de mil novecientos cincuenta y cuatro se les pague el doble de su actual pensión”.

Del tenor del artículo 1 del Decreto Legislativo de 1953, la pensión auxiliar creada en beneficio de los profesores de las universidades públicas, no estaba constituida por aportes individuales, sino únicamente con recursos provenientes del

presupuesto de la respectiva Universidad; y, se pagaría siempre que el docente hubiere cumplido con el tiempo de servicio y la edad previstos en dicho Decreto Legislativo.

La Derogatoria Quinta de la Ley Orgánica de Educación Superior, derogó los artículos 1° y 2° del Decreto Legislativo publicado en el Registro Oficial No. 380 de 3 de diciembre de 1953.

Sin embargo, con respecto a la pensión auxiliar creada por el derogado Decreto Legislativo, la Disposición Transitoria Décima Novena de la vigente Ley Orgánica de Educación Superior, prevé lo siguiente:

“Jubilación Complementaria.- Los fondos de pensión complementaria creados al amparo del Decreto Legislativo de 1953 que estableció la pensión auxiliar para el personal académico de las universidades y escuelas politécnicas, continuarán generando este beneficio con recursos del Estado en los términos indicados en el aludido Decreto Legislativo, para los actuales beneficiarios.

Los profesores e investigadores de las instituciones públicas del Sistema de Educación Superior que se hubieren acogido a la jubilación patronal antes de la vigencia de esta Ley o los que lo hicieron hasta diciembre de 2014, recibirán este beneficio”.

Las disposiciones del derogado Decreto Legislativo publicado en el Registro Oficial No. 380 de 3 de diciembre de 1953, se desprende que el beneficio que dicho Decreto creó se limita a los “los profesores universitarios”; y, que la Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior que contempla la jubilación complementaria creada al amparo del citado Decreto Legislativo, se refiere también exclusivamente al personal académico, que actualmente es beneficiario de la prestación de la pensión auxiliar creada al amparo del citado Decreto Legislativo, así como a los profesores e investigadores que se hubieron acogido a la jubilación antes del 12 de octubre de 2010 en que se promulgó esa Ley Orgánica, o lo hicieron hasta diciembre del año 2014.

El numeral 1 del artículo 18 del Código Civil, dispone que cuando el sentido de la Ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Sobre dicha base normativa, en pronunciamiento contenido en oficio No. 03358 de 23 de agosto de 2011, en atención a una consulta formulada por la Universidad Nacional de Chimborazo, concluí que: se “debe pagar la jubilación complementaria prevista en el Decreto Legislativo publicado en el Registro Oficial

No. 380 de 3 de diciembre de 1953 exclusivamente al personal académico que actualmente es beneficiario del fondo de jubilación, así como también a los profesores e investigadores de la Institución que se hubieren acogido a la jubilación antes de la vigencia de la Ley Orgánica de Educación Superior, o los que lo hicieron hasta el mes de diciembre del 2014, por mandato de la Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior, anteriormente citada”.

Por lo expuesto, sobre la base de la Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior, se concluye que corresponde a la Universidad Agraria del Ecuador pagar la jubilación complementaria prevista en el Decreto Legislativo de 1953, exclusivamente al personal docente de ese establecimiento de educación superior, que actualmente es beneficiario de la prestación de pensión auxiliar creada al amparo del Decreto Legislativo de 1953, así como también a los profesores e investigadores de la Institución que se hubieren acogido a la jubilación antes de la vigencia de la Ley Orgánica de Educación Superior, o los que lo hicieron hasta el mes de diciembre del 2014.

En consecuencia, los ex docentes que se acogieron a la jubilación y recibieron el Bono Jubilar, podrían acceder al beneficio de la jubilación complementaria antes referida, siempre y cuando devuelvan previamente el valor recibido por concepto de dicho Bono Jubilar, en base al Reglamento para el establecimiento de la Bonificación Jubilar aprobado mediante Resolución No. 132-CU-96, por el Consejo Universitario de la Universidad Agraria del Ecuador o se reliquide y ajuste su valor de acuerdo a lo previsto en el Decreto Legislativo de 1953.

La reliquidación y pago de los valores que corresponden a la jubilación complementaria, son de exclusiva responsabilidad de los servidores o funcionarios de la entidad consultante.

2. En el oficio No. 092-PS.2012 de 16 de febrero de 2012, el Procurador Síndico de la Universidad Agraria del Ecuador, manifiesta que: “Un docente que, reunidos los requisitos determinados por la ley, recibió la bonificación determinada en el artículo 8 del Mandato Constitucional No. 2, y no recibe la Jubilación Complementaria en otra institución, tendría derecho a que la universidad le reconozca la Jubilación Complementaria, a partir de la vigencia de la Ley Orgánica de Educación Superior”.

Mediante oficio No. 107 PS.2011 de 18 de febrero de 2011, usted formuló una consulta en los siguientes términos: “Habiendo sido presentada y aceptada la renuncia antes que entre en vigencia la Ley Orgánica de Educación Superior,

¿Tiene derecho el ex docente además, al pago de la bonificación que determinó el Art. 8 del Mandato Constituyente No. 2, con la posibilidad de recibir el mismo beneficio de la Universidad Técnica de Machala?”.

En respuesta contenida en el oficio No. 03080 de 1 de agosto de 2011, esta Procuraduría concluyó manifestando que: “no es procedente que la Universidad Agraria del Ecuador, otorgue la indemnización que establecía el inciso primero del Art. 8 del Mandato Constituyente No. 2 y que se encuentra prevista en la vigente Ley Orgánica del Servicio Público, como tampoco lo es que reciba dicho beneficio de la Universidad Técnica de Machala en virtud de que al tenor de la letra h) del Art. 5 de la derogada LOSCCA y el Art. 1 del Acuerdo No. MRL-2009-00017, que determinaba el ámbito de su aplicación a los servidores públicos que se encontraban bajo el ámbito de la LOSCCA (actualmente derogada pero vigente en esa fecha), los docentes universitarios estaban excluidos de la LOSCCA y sujetos a la anterior Ley Orgánica de Educación Superior, conforme su Art. 5”.

En el caso que motiva su consulta, el ex docente universitario no tenía derecho a percibir la indemnización prevista en el artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2, puesto que era aplicable únicamente a los servidores públicos sujetos a la derogada LOSCCA, mas no a los docentes amparados por la Ley Orgánica de Educación Superior.

En consecuencia de lo expuesto, el pago de la indemnización otorgada al docente que motiva su consulta en aplicación del artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2, será de exclusiva responsabilidad de las autoridades de la Universidad Agraria del Ecuador que lo hubieren autorizado; correspondiendo a la Auditoría Interna de la Institución a su cargo, así como a la Contraloría General del Estado, determinar las eventuales responsabilidades de los funcionarios y servidores por el pago de dicha indemnización.

El inciso primero de la Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior, dispone que los fondos de pensión complementaria creados al amparo del Decreto Legislativo de 1953 continuarán generando este beneficio con recursos del Estado en los términos indicados en el aludido Decreto Legislativo, para los actuales beneficiarios; y en su segundo inciso determina lo siguiente: “Los profesores e investigadores de las instituciones públicas del Sistema de Educación Superior que se hubieren acogido a la jubilación patronal antes de la vigencia de esta Ley o los que lo hicieron hasta diciembre de 2014, recibirán este beneficio”.

Por tanto, en atención a lo dispuesto en el inciso segundo de la Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior, se concluye que el ex docente que se acogió a la jubilación y no percibe la jubilación complementaria de otra institución, podría acceder al beneficio de dicha jubilación complementaria creada al amparo del Decreto Legislativo de 1953, siempre y cuando devuelva previamente el valor de la indemnización recibida conforme a artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2 antes referido.

3. En el oficio No. 092-PS.2012 de 16 de febrero de 2012, el Procurador Síndico de la Universidad Agraria del Ecuador, manifiesta que: “existen casos de docentes que se han jubilado también de otra institución universitaria pública, que renunciaron para acogerse a la jubilación en la Universidad Agraria del Ecuador, no tienen derecho a la jubilación complementaria en nuestra universidad por estar percibiendo ya dicho beneficio en otra institución y, el pago de tal beneficio constituiría una violación a la ley”.

Mediante oficio No. 107 PS. 2011 de 18 de febrero de 2011, usted formuló una consulta en los siguientes términos : “¿Tiene derecho a que nuestra Universidad le pague la jubilación complementaria en los términos del Decreto Legislativo del año 1953, de conformidad con la Disposición Transitoria Décimo Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior, además de la posibilidad concurrente de recibir el mismo beneficio de su otro ex patrono, la Universidad Técnica de Machala?”.

En respuesta contenida en el oficio No. 03080 de 1 de agosto de 2011, esta Procuraduría concluyó manifestado que: “el Dr. Francisco Whuipes Erazo Parrales tiene derecho a que la Universidad Agraria del Ecuador le pague la jubilación auxiliar, hoy complementaria de conformidad con la Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior, al amparo del Decreto Legislativo publicado en el Registro Oficial No. 380 de 3 de diciembre de 1953; para lo cual se deberá tomar en cuenta la remuneración que dicho profesional percibió durante los años de docencia prestados en la Universidad Técnica de Machala, sin que aquello implique que deba percibir simultáneamente doble jubilación complementaria”.

Al absolver la primera consulta manifesté que el Decreto Legislativo publicado en el Registro Oficial No. 380 de 3 de diciembre de 1953, disponía en el artículo 1 que “Los profesores universitarios jubilados por la Caja de Pensiones, tendrán derecho a una pensión auxiliar a cargo del Presupuesto de la Universidad respectiva, siempre que hubieren completado treinta años de servicios en Instituciones

Educacionales y tuvieren por lo menos cincuenta y cinco años de edad”. Agrega que, “La pensión auxiliar será la diferencia entre el último sueldo mensual que hubiere percibido el profesor y la jubilación otorgada por la Caja de Pensiones”.

Del texto del artículo 1 del derogado Decreto Legislativo de 1953, antes referido, se establecía que la pensión auxiliar estaba constituida por aportes provenientes del presupuesto de las universidades públicas y para acceder a dicho beneficio, el docente debía acogerse previamente a la jubilación otorgada por la Caja de Pensiones; pago que correspondía a la diferencia entre el último sueldo mensual que hubiere percibido el profesor y la jubilación otorgada por dicha Caja de Pensiones.

Respecto de la pensión auxiliar creada por el derogado Decreto Legislativo, la Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior, determina lo siguiente:

“Los fondos de pensión complementaria creados al amparo del Decreto Legislativo de 1953 que estableció la pensión auxiliar para el personal académico de las universidades y escuelas politécnicas, “continuarán generando este beneficio con recursos del Estado en los términos indicados en el aludido Decreto Legislativo, para los actuales beneficiarios.

Los profesores e investigadores de las instituciones públicas del Sistema de Educación Superior que se hubieren acogido a la jubilación patronal antes de la vigencia de esta Ley o los que lo hicieren hasta diciembre de 2014, recibirán este beneficio”.

Conforme a la citada Disposición Transitoria, los fondos de la pensión complementaria creada al amparo del Decreto Legislativo de 1953, se generan con recursos del Estado y para acceder a dicho beneficio, el docente debe acogerse previamente a la jubilación.

La pensión auxiliar creada al amparo del Decreto Legislativo de 1953 y reconocida como jubilación complementaria por la Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior, es de carácter complementario a la jubilación del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para los profesores e investigadores de las instituciones públicas del Sistema de Educación Superior y por lo tanto el docente que se hubiere acogido a la jubilación antes de vigencia de la Ley Orgánica de Educación Superior o los que lo hicieren hasta diciembre de 2014, recibirán la jubilación complementaria siempre que cumplan con los requisitos para aquello.

De lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, se concluye que de conformidad con la Disposición Transitoria Décimo Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior, un docente que se ha jubilado en la Universidad de Guayaquil y percibe jubilación complementaria a cargo de dicho centro de educación, si renuncia a la Universidad Agraria del Ecuador, tiene derecho únicamente a la jubilación complementaria que le reconoce la Universidad de Guayaquil, para cuyo cálculo se debió tomar en cuenta la remuneración que dicho profesional percibió durante los años de docencia prestados en la Universidad Agraria del Ecuador, sin que aquello implique que deba percibir simultáneamente doble jubilación complementaria, conforme quedó señalado en el pronunciamiento contenido en el oficio No. 03018 de 1 de agosto de 2011.

4. En el oficio No. 092-PS.2012 de 16 de febrero de 2012, el Procurador Síndico de la Universidad Agraria del Ecuador, expresa que: “En el caso de la docente que, reuniendo los requisitos que contempla la ley para tener derecho a la Jubilación Complementaria, renunció de la institución para continuar laborando en otra institución educativa de segundo nivel, de la cual se jubiló posteriormente, al no recibir sino la jubilación del IESS, podría reclamar el derecho no ejercido en la Universidad”.

De lo señalado por el Procurador Síndico de la Universidad Agraria del Ecuador, se desprende que el docente que renunció antes de la vigencia de la Ley Orgánica de Educación Superior que motiva su consulta, continuó laborando en otra institución de segundo nivel, de la cual se retiró y recibe únicamente la jubilación del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS.

Al absolver la segunda consulta manifesté que, conforme al inciso segundo de la Disposición Transitoria Décimo Novena de la referida Ley Orgánica, para acceder al beneficio de la pensión complementaria creada al amparo del Decreto Legislativo de 1953 se requiere tener la calidad de profesor o investigador de las instituciones públicas del Sistema de Educación Superior; situación que no ocurre en el caso consultado, puesto que renunció a la docencia universitaria antes de la vigencia de la Ley Orgánica de Educación Superior, y continuó luego laborando en un colegio de segunda enseñanza.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que conforme a lo dispuesto en el inciso segundo de la Disposición Transitoria Décimo Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior, para acceder a la jubilación complementaria creada al amparo del Decreto Legislativo de 1953, se requiere tener la calidad de docente o investigador de las instituciones públicas del Sistema de Educación Superior, se concluye que no es procedente que el docente de una institución pública del Sistema de Educa-

ción Superior que renunció antes de la vigencia de la Ley Orgánica de Educación Superior, tenga derecho a la jubilación complementaria creada al amparo del citado Decreto Legislativo de 1953.

Este pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de las normas legales invocadas, siendo de responsabilidad del consultante la determinación, liquidación y pago de los valores que correspondan en cada caso.

OF. PGE. N°: 07025, de 16-03-2012

MILITAR: IMPROCEDENCIA DE PAGO DE REMUNERACIÓN QUE ABANDONA SU REPARTO

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

CONSULTA:

“¿Se debe o no pagar el sueldo y demás beneficios de ley, al militar que abandona su reparto por más de once días?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 160, 188, 229 y 233.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado Art. 13.

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 3 num. 4, 22, 23, 24 lits. a) y l) y 83 lit. g).

Ley de Personal Militar Art. 87

Reglamento de Disciplina Militar Arts. 43, 44 y 45

Res. N° 17 de la Procuraduría General del Estado R.O. N° 102 de 11-06-2007 Art. 4.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 07352 de 12 de abril de 2012, este Organismo solicitó a esa Secretaría de Estado, reorientar los términos de la consulta respecto a la inteligencia o aplicación de normas legales y remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado del Asesor Jurídico de esa Cartera de Estado. Dichos requerimientos se formularon de conformidad con el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y el artículo 4 de la Resolución de este Organismo, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007.

La Coordinadora General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Defensa Nacional, con oficio No. MDN-JUR-2012-0352-OF de 17 de abril de 2012, recibido el 23 de abril del presente año, remite copia del memorando No. MDN-JUR-2012-0334-ME de 27 de marzo de 2012 que contiene el criterio jurídico sobre el tema materia de consulta.

En el referido informe jurídico se manifiesta que, el Comandante General de la Fuerza Naval ha solicitado se formule la consulta, en virtud de que en la Ley Reformatoria al Código Penal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 196 de 19 de mayo de 2010, no se ha tipificado el abandono de bandera en tiempo de paz, entre los delitos cometidos en el servicio militar.

El informe invoca los artículos 160 y 188 de la Constitución de la República que prevén, el primero que “Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional estarán sujetos a las leyes específicas que regulen sus derechos y obligaciones...”; y, el segundo, que establece el principio de unidad jurisdiccional en virtud del cual “Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional serán juzgados por la justicia ordinaria. Las faltas de carácter disciplinario o administrativo serán sometidas a sus propias normas de procedimiento”.

Agrega el informe jurídico del Ministerio de Defensa que, según la letra g) del artículo 87 de la Ley de Personal Militar, el militar puede ser dado de baja por “hallarse incurso en los delitos de ausencia ilegal, abandono del servicio, desertión y abandono de banderas, sin perjuicio de su procesamiento penal”; y, que en el derogado Código Penal Militar, el abandono del reparto militar por más de once días sin la correspondiente autorización superior militar, constituía delito de ausencia ilegal. Mientras que en el vigente Código Penal se tipifica el delito de desertión en caso de conflicto armado “dejándose de lado, el caso del militar que abandona por un tiempo determinado su servicio, puesto o función en tiempo de paz”.

El informe cita los artículos 43, 44 y 45 del Reglamento de Disciplina Militar, que establecen que el abandono del puesto de trabajo sin autorización, constituye falta disciplinaria que se sanciona con arresto, suspensión de funciones o separación del servicio activo, según la gravedad de la falta (leve, grave o atentatoria); y, añade que “ninguna de estas sanciones determina una coacción de carácter pecuniario”.

Argumenta el informe jurídico del Ministerio de Defensa que: “...las faltas disciplinarias se configuran a partir del primer día hasta los once días de ausencia, pero más allá de los once días ya no se encuentra reglamentado. Lo que nos

permite interpretar que quizás desde el día doceavo se lo considerará al militar ausente desertor, pero no existe norma expresa al respecto, todo esto durante época de paz." Y, añade: "esta ausencia de normativa permite que un militar pueda faltar más de 11 días a su Reparto Militar, incluso faltar meses o años y no cometería delito siempre que nos encontremos en época de paz. La pregunta ahora es, ¿si el militar que incurre dentro de este tipo de falta disciplinaria tiene derecho a remuneración por los días de ausencia?".

Concluye el informe que "es criterio de esta Coordinación Jurídica que se debería descontar como días no trabajados, a partir del doceavo día, al personal militar que abandone su lugar de trabajo, reparto, unidad militar o bandera en tiempos de paz".

El inciso primero del artículo 229 de la Constitución de la República, incluye en el concepto de servidor público 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"; y, en su inciso final dispone 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 inciso primero del artículo 233 de la citada Constitución, dispone que "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 o recursos públicos".

Respecto de los miembros de las Fuerzas Armadas, el inciso final del artículo 160 de la Constitución de la República, dispone que: "Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional serán juzgados por los órganos de la Función Judicial; en caso de delitos cometidos dentro de su misión específica, serán juzgados por salas especializadas en materia militar y policial, pertenecientes a la misma Función Judicial. Las infracciones disciplinarias serán juzgadas por los órganos competentes establecidos en la ley". En concordancia, el inciso primero del artículo 188 de la citada Carta Constitucional prescribe: "En aplicación del principio de unidad jurisdiccional, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional serán juzgados por la justicia ordinaria. Las faltas de carácter disciplinario o administrativo serán sometidas a sus propias normas de procedimiento".

No obstante que los miembros en servicio activo de las Fuerzas Armadas están excluidos del sistema de carrera del servicio público, de conformidad con la letra g) del artículo 83 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), las disposiciones de esa Ley Orgánica les son aplicables en forma subsidiaria, esto es, en lo no previsto por la leyes específicas que rigen para el personal militar, según el tercer inciso posterior al numeral 4 del artículo 3 de la citada LOSEP.

En consecuencia, resulta pertinente considerar que la letra b) del artículo 23 de la LOSEP establece que es derecho de los servidores públicos: “b) 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”.

Por otra parte, el artículo 22 de la LOSEP, establece que son deberes de los servidores públicos: “c) Cumplir de manera obligatoria con su jornada de trabajo legalmente establecida, de conformidad con las disposiciones de esta Ley”. En concordancia, las letras a) y l) del artículo 24 de la citada LOSEP, prohíbe a los servidores: “a) Abandonar injustificadamente su trabajo” y “l) 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”.

El numeral 5.1.01.07 del Clasificador Presupuestario de Ingresos y Gastos del Sector Público, incluye al “Haber Militar y Policial” en el concepto de “Gastos por servicios prestados en un mes de trabajo”, y lo define como “Gastos de carácter permanente, a favor de los miembros en servicio activo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, por aplicación del proceso de equiparación de los ingresos que perciben. Se exceptúan el décimo tercer sueldo, décimo cuarto sueldo, dietas, horas extraordinarias y suplementarias”.

Con respecto al pago de remuneraciones, el acápite 403-09 de las Normas Técnicas de Control Interno, expedidas por Acuerdo No. 39 de la Contraloría General del Estado, en sus incisos quinto y séptimo dispone en su orden:

“...Las remuneraciones y otras obligaciones legalmente exigibles, serán pagadas mediante transferencias a las cuentas corrientes o de ahorros individuales de los beneficiarios, aperturadas en el sistema financiero nacional o internacional, registradas en la base de datos del sistema previsto para la administración de los servicios públicos...”.

“...Los pagos realizados por el ente responsable del Tesoro Nacional se originarán exclusivamente en el devengamiento y solicitud de pago realizado por las instituciones del sector público, el cumplimiento de los requisitos necesarios para respaldar una obligación legalmente exigible, es de exclusiva responsabilidad de la entidad solicitante...”.

La primera definición del término “devengar” según la Enciclopedia Jurídica Omeba es: “1. Obtener derechos a una remuneración o percepción en virtud de un trabajo, empleo o servicio de algún carácter. Por su parte, Guillermo Cabanellas lo conceptualiza en la siguiente forma: “Hacer de uno alguna cosa mereciéndola. Adquirir derecho a una percepción o retribución por el trabajo prestado, los servicios desempeñados u otros títulos. Se dice así que se devengan costas, honorarios, sueldos, etc”.

De los conceptos y normas citados, se desprende que, la remuneración debe ser devengada, pues el derecho al pago de la remuneración surge cuando el servidor público ha cumplido su jornada de trabajo legalmente establecida, es decir cuando ha prestado efectivamente sus servicios; por ello, la letra l) del artículo 24 de la LOSEP, prohíbe en forma expresa a los servidores públicos, percibir remuneración sin prestar servicios efectivos o desempeñar labor específica alguna, conforme a la normativa de la respectiva institución. En consecuencia, la ausencia injustificada del servidor público a su trabajo, constituye falta a sus deberes y determina que no se genere el derecho al pago de la remuneración.

Toda vez que de conformidad con el artículo 229 de la Constitución de la República, la remuneración de los servidores públicos debe ser justa y equitativa, con relación a sus funciones, considerando que es deber de los servidores públicos cumplir de manera obligatoria con su jornada de trabajo legalmente establecida, según la letra c) del artículo 22 de la LOSEP, aplicable a los miembros de las Fuerzas Armadas en forma subsidiaria conforme lo prescribe el artículo 83 de esa Ley; y, que la letra l) del artículo 24 de la LOSEP, prohíbe a los servidores públicos percibir remuneración sin prestar servicios efectivos, se concluye que el militar que abandone o inasista injustificadamente a su reparto por más de once días, no tiene derecho a la remuneración correspondiente a los días en que no ha prestado servicios en forma efectiva, sin que aquello constituya sanción, pues el derecho a la remuneración nace del trabajo efectivamente prestado.

OF. PGE. N°: 08256, de 08-06-2012

NEPOTISMO: MIEMBROS DEL CUERPO COLEGIADO, NOMBRAMIENTOS Y CONTRATOS

ENTIDAD CONSULTANTE: ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA
AGROPECUARIA DE MANABÍ “MANUEL FÉLIX LÓPEZ”

CONSULTAS:

1. “Que se indique si la Secretaria General- Procuradora, forma parte del Honorable Consejo Politécnico de la ESPAM “MFL” (Escuela Superior Politécnica Agropecuaria de Manabí “Manuel Félix López”).
2. “Que se indique si el sobrino de la Secretaria General- Procuradora de la ESPAM MFL, (Escuela Superior Politécnica Agropecuaria de Manabí “Manuel Félix López”) puede ser beneficiario de un contrato o nombramiento en la Institución que represento o está impedido de ejercer algún cargo, por encontrarse incurso dentro de lo previsto en los Arts. 6 de la Ley Orgánica del Servicio Público, y, Art. 6 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público”.
3. “Que se indique si existe o no Nepotismo al contratar y/o otorgar nombramiento a parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de servidores y trabajadores, que no son precisamente la Autoridad nominadora, miembros de cuerpos colegiados o directorios de la Institución, como lo refiere el Art. 6 de la Ley Orgánica del Servicio Público”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 230 num. 2.

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 3, 6, 84 y Disp. Gen. Tercera; y, 6 de su Reglamento.

Ley Orgánica de Educación Superior Arts. 46, 47, 48 y 70.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. Con relación a esta consulta, el Asesor Jurídico de Rectorado de la mencionada Escuela Superior en el informe que consta del oficio No. ESPAM MFL- AJ- 2012-006 –OF de 27 de febrero de 2012, concluye manifestando lo siguiente:

“De la normativa transcrita anteriormente, se desprende con facilidad que quien desempeñe las funciones de Secretario General – Procurador de la Escuela Superior Politécnica Agropecuaria de Manabí “Manuel Félix López”, no se lo puede considerar como miembro del H. Consejo Politécnico, ya que sus funciones como en todo cuerpo colegiado es el dar fe de las actuaciones de los mismos, y

su participación en las sesiones solo y exclusivamente son con finalidad de índole informativo, no pudiendo participar en las deliberaciones de los asuntos a tratarse con voz y/o voto, como sí ocurre con los miembros del H. Consejo Politécnico”.

La Ley Orgánica de Educación Superior en el Art. 46 prescribe lo siguiente:

“Art. 46.- Órganos de carácter colegiado.- Para el ejercicio del cogobierno las universidades y escuelas politécnicas definirán y establecerán órganos colegiados de carácter académico y administrativo, así como unidades de apoyo. Su organización, integración, deberes y atribuciones constarán en sus respectivos estatutos y reglamentos en concordancia con su misión y las disposiciones establecidas en esta Ley”.

El Art. 47 de la Ley Orgánica de Educación Superior, prevé que las universidades y escuelas politécnicas públicas y particulares obligatoriamente tendrán como autoridad máxima a un órgano colegiado académico superior que estará integrado por autoridades, representantes de los profesores, estudiantes y graduados.

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

De la normativa de la Ley Orgánica de Educación Superior citada, se desprende que para el ejercicio del cogobierno las universidades y escuelas politécnicas establecerán órganos colegiados de carácter académico y administrativo, cuya organización, integración, deberes y atribuciones constarán en sus respectivos estatutos y reglamentos.

Así mismo, se determina que las universidades y escuelas politécnicas públicas y particulares tendrán obligatoriamente como autoridad máxima a un órgano colegiado superior; que el Rector es la primera autoridad ejecutiva, que ejercerá la representación legal, judicial y extrajudicial, quien presidirá el órgano colegiado superior de manera obligatoria y aquellos órganos que señale su estatuto en ejercicio de su autonomía responsable.

La Escuela Superior Politécnica Agropecuaria de Manabí fue creada mediante Ley 99-25, Reformatoria a la Ley 116 de 29 de abril de 1996 que creó el Instituto Tecnológico Superior Agropecuario de Manabí, publicada en el Registro Oficial No. 181 de 30 de abril de 1999.

El Estatuto de la Escuela Superior Politécnica Agropecuaria de Manabí, en el Art. 9 prevé la Integración del Consejo Politécnico de la siguiente manera:

“Art. 9.- Integración del Consejo Politécnico.- El Consejo Politécnico es el máximo órgano colegiado superior de la ESPAM, y estará integrado por:

- a) El Rector quien lo presidirá, y tendrá voto dirimente.
- b) El Presidente de Comisión de Evaluación Interna.
- c) El Presidente de la Comisión de Vinculación con la Colectividad.
- d) Los Directores de Carrera.
- e) Los Representantes Estudiantiles elegidos de conformidad con la Ley de Educación Superior, el presente Estatuto y reglamentaciones internas...
- f) Los Representantes de los empleados y trabajadores, elegidos de conformidad con la Ley de Educación Superior, el presente estatuto y reglamentos...

Podrán actuar como miembros con voz:

- a) El Presidente de la Federación de Estudiantes Politécnicos de Manabí, FEPAM.
- b) El Presidente de la Asociación de Profesores Politécnicos de Manabí.
- c) El Presidente de la Asociación de Trabajadores Politécnicos de Manabí, AETPAM.

Actuará como Secretario del H. Consejo Politécnico, el secretario General – Procurador”.

De la norma del Art. 9 del Estatuto de la Escuela Superior Politécnica Agropecuaria de Manabí que antecede se establece la integración del Consejo Politécnico que es el máximo órgano colegiado superior de la ESPAM, el cual no lo integra el Secretario General – Procurador, quien actúa como secretario en dicho Organismo.

Por lo expuesto, de conformidad con el Art. 46 de la Ley Orgánica de Educación Superior, que prescribe que para el ejercicio del cogobierno las universidades y escuelas politécnicas establecerán órganos colegiados de carácter académico

y administrativo, cuya organización e integración constarán en sus respectivos estatutos y reglamentos, el Art. 47 de la indicada Ley que dispone que las universidades y escuelas politécnicas públicas y particulares obligatoriamente tendrán como autoridad máxima a un órgano colegiado académico superior integrado por autoridades, representantes de los profesores, estudiantes y graduados, y el Art. 9 del Estatuto de la Escuela Superior Politécnica Agropecuaria de Manabí citado, que establece la integración del Consejo Politécnico, se concluye que la Secretaría General – Procuradora no integra el Consejo Politécnico de la Escuela Superior Politécnica citada.

2. Con respecto a la segunda consulta, el Asesor Jurídico de Rectorado en el informe que consta del oficio No. ESPAM MFL- AJ- 006- OF de 27 de febrero de 2012, expresa lo siguiente:

“En el caso de la Escuela Superior Politécnica Agropecuaria de Manabí “Manuel Félix López”, el Art. 29 de su Estatuto, señala que el Rector es la primera autoridad ejecutiva y especialmente en los numerales 11 y 12 del Art. 31, que se refiere a las atribuciones del Rector, se encuentra el derecho a nombrar y posesionar a docentes, empleados y trabajadores que laboren en la Universidad, es decir, el Rector es la AUTORIDAD NOMINADORA, sin perjuicio que el H. Consejo Politécnico por ser el máximo órgano Colegiado Superior de la ESPAM “MFL”, norme mediante un reglamento por ejemplo los requisitos que se deberá cumplir para ocupar determinado puesto de trabajo”.

Concluye el informe del Asesor Jurídico manifestando lo siguiente:

“Por lo tanto, y como ya se mencionó anteriormente, si la Secretaría General – Procuradora no es miembro del H. Consejo Politécnico; y, tampoco puede ser considerada como autoridad nominadora, no existe impedimento alguno para que su sobrino sea beneficiario de contrato o nombramiento bajo dependencia de la Escuela Superior Politécnica Agropecuaria de Manabí “Manuel Félix López”, por lo que no se está vulnerando el numeral 2 del Art. 230 de la Constitución”.

3. Respecto a la tercera consulta, el Asesor Jurídico de Rectorado de esa Entidad, en el informe que consta del oficio No. ESPAM MFL- AJ- 2012 – 006 –OF- de 27 de febrero de 2012, manifiesta lo siguiente:

“La Ley Orgánica de Servicio Público y el Reglamento, en forma exclusiva prohíbe a la autoridad nominadora o su delegado a designar, nombrar, posesionar y/o contratar en la misma entidad a sus parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, a su cónyuge o con quien mantenga

unión de hecho; como ya se dijo en la pregunta anterior, solo el Rector de la Escuela Superior Politécnica Agropecuaria de Manabí “Manuel Félix López”, ejerce la autoridad nominadora de la Institución, por lo que, refiriéndome a la consulta planteada, no existe nepotismo, cuando se contrate o se otorgue nombramiento a los parientes entre personas que no desempeñen la función de autoridad nominadora”.

La Constitución de la República, en el Art. 230 numeral 2 dispone que en el ejercicio del servicio público se prohíbe, además de lo que determine la ley: “El nepotismo”.

En relación con el nepotismo, el Art. 6 de la Ley Orgánica del Servicio Público, en los incisos primero y segundo disponen:

“Art. 6.- Del Nepotismo.- Se prohíbe a toda autoridad nominadora, designar, nombrar, posesionar y/o contratar en la misma entidad, institución, organismo o persona jurídica, de las señaladas en el artículo 3 de esta ley, a sus parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, a su cónyuge o con quien mantenga unión de hecho.

La prohibición señalada se extiende a los parientes de los miembros de los cuerpos colegiados o directorios de la respectiva institución”.

El Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, en el Art. 6 dispone que en los casos previstos en los artículos 6 y 7 de la LOSEP, (disposiciones referidas a la designación, nombramiento, posesión o contratos incursos en nepotismo y a las responsabilidades y sanciones que hubiere lugar), la autoridad nominadora o su delegado no puede nombrar, designar, celebrar contratos de servicios ocasionales o contratos bajo cualquier modalidad y/o posesionar dentro de la misma institución a las personas determinadas en dichas disposiciones legales; caso contrario, podrá ser sujeto de las sanciones y las responsabilidades ahí previstas.

Del texto de los artículos 6 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 6 de su Reglamento General, se desprende que la prohibición de designar, nombrar o contratar familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o a su cónyuge o con quien mantenga unión de hecho, sea mediante nombramiento o contrato, está referida a aquellas personas que mantienen dichos vínculos con la autoridad nominadora de quien proviene la designación o con los miembros de los cuerpos colegiados de la respectiva entidad.

La Procuraduría General del Estado ya se ha pronunciado en el sentido de que: “Tratándose de una norma de derecho público, la figura de nepotismo que establecen los artículos 230 numeral 2, de la Constitución de la República; e incisos primero y segundo del artículo 6 de la LOSEP y su Disposición General Tercera, está referida a aquellas personas que mantienen vínculos de parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad o ser cónyuge o conviviente en unión de hecho de la autoridad nominadora de quien proviene la designación. Prohibición que también se extiende a los miembros de los cuerpos colegiados de la respectiva entidad, no siendo aplicable a personas o autoridades distintas de las determinadas en dicha norma, salvo las prohibiciones adicionales establecidas en el mismo Art. 6 de la referida Ley Orgánica del Servicio Público”.

Por su parte, el Art. 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior dispone lo siguiente:

“Art. 70.- Régimen laboral de las y los servidores públicos y de las y los trabajadores del Sistema de Educación Superior.- El personal de las instituciones y organismos públicos del Sistema de Educación Superior son servidores públicos, cuyo régimen laboral se registrará por la Ley de Servicio Público de conformidad con las reglas generales; salvo el caso de los obreros, que se regulan por el Código del Trabajo.

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

Conforme quedó señalado, al tenor del inciso segundo del artículo 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior, en concordancia con el artículo 84 de la Ley Orgánica del Servicio Público, los docentes e investigadores universitarios en lo que respecta al ingreso, promoción, estabilidad, evaluación, perfeccionamiento, escalas remunerativas, fortalecimiento institucional, jubilación y cesación, se registrarán por las normas del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, pero esto no obsta que en su calidad de servidores públicos les sean aplicables las normas que la Ley Orgánica del Servicio Público, ha dispuesto que sean de aplicación general.

La Disposición General Tercera de la Ley Orgánica del Servicio Público, dispone que el nepotismo, la inhabilidad especial por mora, la responsabilidad por pago indebido, el pluriempleo, las inhabilidades; y, las prohibiciones para desempeñar cargos públicos, constituirán normas de aplicación general para todas las entidades y organismos dispuestos en el Art. 3 de esta Ley.

Al absolver la primera consulta, con fundamento en los artículos 46, 47 de la Ley Orgánica de Educación Superior y Art. 9 del Estatuto de la Escuela Superior Politécnica Agropecuaria de Manabí, manifesté que la Secretaria General-Procuradora, no integra el Consejo Superior Politécnico de dicha Escuela Superior, órgano en el que actúa como Secretaria.

En consecuencia, teniendo en cuenta que el Art. 6 de la Ley Orgánica del Servicio Público prohíbe a toda autoridad nominadora designar, nombrar o contratar en la misma entidad a sus parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, prohibición que se extiende a los parientes de los miembros de cuerpos colegiados o directorios de la respectiva institución, se concluye que no existe impedimento o prohibición para contratar y/o otorgar nombramiento a parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad con servidores y trabajadores que no tienen la calidad de autoridad nominadora, ni son miembros de cuerpos colegiados y directorios de la Institución, como lo prevé el Art. 6 de la Ley Orgánica del Servicio Público y el Art. 6 de su Reglamento General cuyos textos quedaron citados.

La designación o contratación de personas y el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios para dicho efecto, son de responsabilidad de la autoridad nominadora.

OF. PGE. N°: 07514, de 25-04-2012

PATENTE MUNICIPAL Y 1.5 POR MIL EXONERACIÓN DE PAGO A EMPRESAS PÚBLICAS

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN IBARRA

CONSULTA:

“¿La Empresa Parque Industrial Imbabura S.A. de la cual son accionistas, el Ministerio de Industrias, el Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Ibarra,

el Consejo Provincial de Imbabura, debe continuar declarando y pagando el Impuesto a los Activos Totales y Patente Municipal del año 2010 y 2011?"

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 133 y 301.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 7, 8, 9, 23, 491, 493, 546, 547, 548, 549, 550, 552, 553 y 554 lit. a).

Ley Orgánica de Empresas Públicas Arts. 1, 41 Disp. Segunda-Reformas y Derogatorias nums. 1.5, 2.1.1 y 2.1.7.

Ley Orgánica de Régimen Municipal Art. 303 (derogada).

Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno y su Reglamento Art. 32.

Ley de Compañías Art. 300 num. 1.5.

Código Tributario Arts. 16, 31, 32, 35 num. 1, 68 y 119.

Ordenanza que Reglamenta la Administración Tributaria del Impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales en el Cantón Ibarra Arts. 1, 2, 3 y 11.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 04394 de 20 de octubre de 2011, este Organismo solicitó a usted la remisión del criterio jurídico institucional de esa Municipalidad, en copias certificadas. El referido requerimiento, se realizó de conformidad con lo establecido por el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y del artículo 4 de la Resolución No. 17 de esta Entidad, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007, cuyo artículo 4 dispone que: "al oficio de consulta se adjuntará obligatoriamente el criterio escrito y en texto independiente del Asesor Jurídico de la institución, sobre el asunto materia de la consulta, así como todos los documentos relacionados con la misma, en copias certificadas por autoridad competente".

Con oficio No. 104-AM-PSM de 24 de octubre de 2011, la Municipalidad de Ibarra ha remitido el criterio del Procurador Síndico sobre el tema materia de consulta, contenido en memorando No. PS-2011-01088-M de 4 de octubre de 2011.

Atenta la materia de la consulta, a fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficios Nos. 04391 y 04392 de 20 de octubre de 2011, esta Procuraduría requirió el criterio institucional del Ministerio de Industrias y Productividad y del Gobierno Provincial de Imbabura, socios de la Empresa Parque Industrial Imbabura S.A.; y, en oficio No. 04719 de 14 de noviembre de 2011, esta Entidad insistió en el requerimiento dirigido al Prefecto del Gobierno Provincial de Imbabura.

Con oficios Nos. MIPRO-DM-2011-1633-OF de 8 de noviembre de 2011 y 0495-GPI-P de 16 de noviembre de 2011, la Asesora de la Ministra de Industrias y Productividad y el Prefecto del Gobierno Provincial de Imbabura, han atendido los requerimientos de este Organismo.

Así mismo, mediante oficio No. 04393 de 20 de octubre de 2011, se solicitó a la Superintendencia de Compañías información societaria sobre la Empresa Parque Industrial Imbabura S.A., la misma que ha sido remitida adjunta al oficio No. SC.SG.DRS.Q.2011.9304 27770 de 28 de octubre de 2011, suscrito por el Secretario General de la Intendencia de Compañías de Quito.

En el oficio de consulta se expone que el Gerente General de la Empresa Parque Industrial Imbabura S.A., cuyo paquete accionario en su totalidad pertenece a entidades del sector público, tiene el criterio de que dicha Empresa no se encuentra obligada a pagar los impuestos municipales a los activos fijos y de patente; mientras que, el criterio de la Dirección Financiera Municipal es que la Empresa Parque Industrial Imbabura S.A. sí se encuentra obligada a realizar el pago de dichos tributos municipales.

De la información societaria remitida a pedido nuestro por la Superintendencia de Compañías, mediante oficio No. SC.SG.DRS.Q.2011.9304 27770 de 28 de octubre de 2011, se desprende que Parque Industrial Imbabura S.A. es una sociedad anónima, cuyo objeto según consta en los datos generales del Registro de Sociedades: es "Fomentar, construir, poner en funcionamiento y administrar conglomerados industriales como parques, lotizaciones, que provean de las facultades necesarias para estimular el desarrollo industrial de la provincia de Imbabura". Dicha sociedad tiene actual existencia jurídica y su plazo social concluye el 28 de diciembre de 2028. Los socios y el valor de las acciones que corresponde a cada uno de ellos, según el Formulario de Nómina de Socios o Accionistas, son los siguientes:

	Acciones o Aportaciones VALOR TOTAL
Consejo Provincial de Imbabura	54800
Ministerio de Industrias y Productividad	157800
Municipio de Ibarra	56000

El informe del Procurador Síndico de la Municipalidad de Ibarra, contenido en memorando No. PS-2011-01088-M de 4 de octubre de 2011, remitido a pedido

nuestro, cita entre otras normas los artículos 552 y 554 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, que regulan el impuesto municipal a los activos fijos. Invoca además, la Segunda Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que establece el régimen transitorio aplicable a las sociedades anónimas en las que el Estado sea accionista único; y, sobre dicha base concluye que:

“La Empresa Parque Industrial Imbabura S.A. de la cual son accionistas: El Ministerio de Industrias, el Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Ibarra, el Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia de Imbabura, debe continuar declarando y pagando el Impuesto a la Patente Municipal del año 2010 y 2011 que no está exento; pero no está obligado a pagar el impuesto a Activos Totales por lo estipulado en el Art. 554 literal a) del COOTAD por tratarse de una entidad pública; y en virtud de los numerales 2.1.1 y 2.1.7 de la Ley de Empresas Públicas”.

El criterio de la Coordinadora General Jurídica del Ministerio de Industrias y Productividad, contenido en memorando No. MIPRO-CGJ-2011-0616-M de 7 de noviembre de 2011, cita el artículo 550 del COOTAD y sobre su base concluye que: “la Empresa Parque Industrial Imbabura S.A., debe continuar declarando y pagando el impuesto a la patente municipal, de conformidad con los presupuestos legales del Código Orgánico de Organización Territorial y Administración Descentralizada, COOTAD, toda vez que no se encuentra mencionada dentro de las entidades que se encuentran exoneradas del pago de dicho impuesto”.

Con respecto al impuesto a los activos totales, el informe jurídico del Ministerio de Industrias y Productividad, argumenta que: “la Disposición Segunda.- Reformas y Derogatorias, numeral 1.5. de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que prescribe que las sociedades anónimas, cuyo capital societario esté integrado únicamente con recursos provenientes de entidades del sector público, como es el presente caso, estarán sujetos a las disposiciones contenidas en la Ley de Compañías, exclusivamente para asuntos de carácter societario, y para lo demás se sujetarán a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en cuyo artículo 41 establece que se debe aplicar a las empresas públicas el Régimen Tributario, incluidas las exoneraciones, correspondiente al de las entidades y organismos del sector público”. Con tales fundamentos legales se concluye que, la Empresa Parque Industrial de Imbabura S.A. “no debe declarar ni cancelar los valores correspondientes al impuesto sobre los activos totales, por estar exento del mismo...”.

Por su parte, el Prefecto del Gobierno Provincial de Imbabura, en el oficio No. 0495-GPI-P de 16 de noviembre de 2011, cita las Ordenanzas que Reglamentan

la Administración Tributaria de los impuestos de patente y del 1.5 por mil sobre los activos totales en el Cantón Ibarra, publicadas en el Suplemento del Registro Oficial No. 109 de 21 de enero de 2011.

Sobre dicha base, con respecto al impuesto a la patente municipal, concluye que: “en vista que no existe exenciones, para la Empresa Parque Industrial de Imbabura S.A. considero que es procedente el pago del impuesto contemplado en la “Ordenanza que Reglamenta la Administración Tributaria del Impuesto que Reglamenta las Patentes Municipales en el Cantón Ibarra”; mientras que: “...del pago a los Activos Totales, se encuentra exenta la Empresa Parque Industrial de Imbabura S.A. por estar constituida en un 100% por entidades públicas”.

En cuanto al régimen tributario aplicable a las sociedades anónimas del Estado, el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 300 de la Ley de Compañías, por el numeral 1.5. de la Disposición Final Segunda “Reformas y Derogatorias” de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, citado en el informe de la Coordinadora General Jurídica del Ministerio de Industrias y Productividad, prescribe:

“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”.

Sin perjuicio de la transformación de la sociedad anónima a la que se refiere la consulta, en empresa pública, de la norma transcrita en el párrafo que precede se desprende que, las sociedades anónimas de propiedad del Estado como es el caso de la Empresa Parque Industrial Imbabura S.A., están sujetas a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que en su artículo 41 establece el régimen tributario aplicable, en los siguientes términos:

“Art. 41.- REGIMEN TRIBUTARIO.- Para las empresas públicas se aplicará el Régimen Tributario correspondiente al de entidades y organismos del sector público, incluido el de exoneraciones, previsto en el Código Tributario, en la Ley de Régimen Tributario Interno y demás leyes de naturaleza tributaria. Para que las empresas antes mencionadas puedan beneficiarse del régimen señalado es requisito indispensable que se encuentren inscritas en el Registro Único de Con-

tribuyentes, lleven contabilidad y cumplan con los demás deberes formales contemplados en el Código Tributario, esta Ley y demás leyes de la República...”.

El artículo 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, prevé en consecuencia el régimen tributario específico aplicable a las empresas sujetas a su ámbito de aplicación, esto es a las empresas públicas, régimen que se extiende a las sociedades anónimas de propiedad del Estado, por la previsión expresa del numeral 1.5. de la Disposición Final Segunda “Reformas y Derogatorias” de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que agregó un artículo a continuación del artículo 300 de la Ley de Compañías, antes transcrito, según el cual las sociedades anónimas del Estado se sujetarán a la Ley Orgánica de Empresas Públicas en todos los aspectos excepto respecto de los asuntos societarios.

Atento el contenido de la consulta es pertinente considerar que de conformidad con el artículo 1 del Código Tributario, los tributos se clasifican en impuestos, tasas y contribuciones especiales o de mejoras.

El artículo 16 del Código Tributario, define al “hecho generador” como el “presupuesto establecido por la ley para configurar cada tributo”; y, el artículo 24 ibídem, dispone que el sujeto pasivo del tributo es la persona natural o jurídica que, según la ley, está obligada al cumplimiento de la prestación tributaria, sea como contribuyente o como responsable...”.

Con respecto a los impuestos, el artículo 301 de la Constitución de la República, dispone que solo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrán establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos.

La exención se define por el artículo 31 del Código Tributario como: “La exclusión o la dispensa legal de la obligación tributaria, establecida por razones de orden público, económico o social”; y, el artículo 32 ibídem prevé que: “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”.

En consecuencia, tanto los impuestos como las exenciones, son materias con reserva de ley, es decir que deben ser establecidas mediante ley que determine el hecho generador del tributo y los sujetos pasivos obligados al cumplimiento de la prestación tributaria, o exentos de ella.

De conformidad con el numeral 1 del artículo 35 del Código Tributario, están exentos del pago de impuestos: “1. El Estado, las municipalidades, los consejos provinciales, las entidades de derecho público, las empresas públicas constituidas al amparo de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y las entidades de derecho privado con finalidad social o pública”.

En relación con la administración tributaria seccional, el artículo 65 del Código Tributario, dispone que: “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”.

El artículo 491 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, incluye entre los impuestos municipales, entre otros, al impuesto de patente y al impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales; y, el artículo 493 del mismo Código Orgánico, prevé que los funcionarios que deban hacer efectivo el cobro de los tributos o de las obligaciones de cualquier clase a favor de la municipalidad, serán personal y pecuniariamente responsables por acción u omisión en el cumplimiento de sus deberes.

El artículo 546 del COOTAD, establece el impuesto de patentes municipales y metropolitanas; y, el artículo 547 ibídem, determina que son sujetos pasivos de dicho impuesto, “...las personas naturales, jurídicas, sociedades, nacionales o extranjeras, domiciliadas o con establecimiento en la respectiva jurisdicción municipal o metropolitana, que ejerzan permanentemente actividades comerciales, industriales, financieras, inmobiliarias y profesionales”.

De conformidad con el segundo inciso del artículo 548 del COOTAD, la base imponible del impuesto de patente y su tarifa, se determina mediante Ordenanza, “en función del patrimonio de los sujetos pasivos de este impuesto dentro del cantón”; y, se reduce según el artículo 549 ibídem, “Cuando un negocio demuestre haber sufrido pérdidas conforme a la declaración aceptada en el Servicio de Rentas Internas, o por fiscalización efectuada por la predicha entidad o por la municipalidad o distrito metropolitano...”.

Según el artículo 550 del COOTAD, están exentos del impuesto de patente municipal, únicamente a los artesanos calificados como tales por la Junta Nacional de Defensa del Artesano.

La Ordenanza que Reglamenta la Administración Tributaria del Impuesto de Patentes Municipales en el Cantón Ibarra, a la que se ha referido el Prefecto del Go-

bierno Provincial de Imbabura en el oficio No. 0495-GPI-P de 16 de noviembre de 2011, en sus artículos 7, 8, 9 y 23 concuerda con el COOTAD en cuanto se refiere al hecho generador y los sujetos pasivos, así como en exonerar de su pago a los artesanos.

De las normas citadas se desprende que es sujeto pasivo del impuesto de patente municipal, toda persona natural o jurídica o sociedad nacional o extranjera, domiciliada o con establecimiento en la respectiva jurisdicción municipal, que ejerza permanentemente actividades comerciales, industriales, financieras, inmobiliarias y profesionales, de conformidad con el artículo 547 del COOTAD; y, que la única exención establecida en el artículo 550 del COOTAD, beneficia exclusivamente a los artesanos.

Sin embargo, para el caso específico de las empresas sujetas al ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, entre las que se incluyen las sociedades anónimas de propiedad del Estado, conforme antes se concluyó, el régimen tributario aplicable establecido en el artículo 41 de esa Ley, es el de las entidades del sector público, que están exentas del pago de impuestos según el artículo 35 numeral 1 del Código Tributario (conforme consta en la página 5 del presente pronunciamiento).

En relación al impuesto municipal del 1.5 por mil sobre los activos totales fijos, es pertinente considerar que las municipalidades son sujetos activos de dicho tributo, de conformidad con los artículos 31 de la Ley de Control Tributario y Financiero y 552 del COOTAD, que establecen que son sujetos activos del impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales, las municipalidades y distritos metropolitanos “en donde tenga domicilio o sucursales los comerciantes, industriales, financieros, así como los que ejerzan cualquier actividad de orden económico”.

Es pertinente considerar que el artículo 303 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, no incluía al impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales, entre los tributos municipales, pero el artículo 304 de esa Ley, disponía que las municipalidades cobrarán los tributos municipales que estuvieren establecidos en otras leyes especiales. A partir de la promulgación del COOTAD, el impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales consta entre los impuestos municipales en la letra i) del artículo 491 de ese Código Orgánico.

El artículo 553 del COOTAD, establece que son sujetos pasivos del impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales, las personas naturales, jurídicas, sociedades nacionales o extranjeras domiciliadas o con establecimiento en la respectiva jurisdicción municipal, “que ejerzan permanentemente actividades económicas

y que estén obligados a llevar contabilidad, de acuerdo con lo que dispone la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno y su Reglamento”. Similar previsión consta en el artículo 32 de la citada Ley de Control Tributario y Financiero.

Las exenciones aplicables al impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales, se establecen en el artículo 33 de la Ley de Control Tributario y Financiero y por el artículo 554 del COOTAD, cuyos textos son similares. El artículo 554 del COOTAD, dispone:

“Art. 554.- Exenciones.- Están exentos de este impuesto únicamente:

- a) El gobierno central, consejos provinciales y regionales, las municipalidades, los distritos metropolitanos, las juntas parroquiales, las entidades de derecho público y las entidades de derecho privado con finalidad social o pública, cuando sus bienes o ingresos se destinen exclusivamente a los mencionados fines y solamente en la parte que se invierta directamente en ellos;
- b) Las instituciones o asociaciones de carácter privado, de beneficencia o educación, las corporaciones y fundaciones sin fines de lucro constituidas legalmente, cuando sus bienes o ingresos se destinen exclusivamente a los mencionados fines en la parte que se invierta directamente en ellos;
- c) Las empresas multinacionales y las de economía mixta, en la parte que corresponda a los aportes del sector público de los respectivos Estados. En el caso de las empresas de economía mixta, el porcentaje accionario determinará las partes del activo total sujeto al tributo;
- d) Las personas naturales que se hallen amparadas exclusivamente en la Ley de Fomento Artesanal y cuenten con el acuerdo interministerial de que trata el artículo décimo tercero de la Ley de Fomento Artesanal;
- e) Las personas naturales o jurídicas que se dediquen a la actividad agropecuaria, exclusivamente respecto a los activos totales relacionados directamente con la actividad agropecuaria; y,
- f) Las cooperativas de ahorro y crédito.

Para el impuesto sobre el activo total no se reconocen las exoneraciones previstas en leyes especiales, aún cuando sean consideradas de fomento a diversas actividades productivas”.

Los artículos 1, 2, 3 y 11 de Ordenanza que Reglamenta la Administración Tributaria del Impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales en el Cantón Ibarra, son concordantes con el COOTAD, respecto del hecho generador de ese impuesto y la determinación de sus sujetos activos y pasivos, así como respecto de las exenciones aplicables determinadas por el artículo 554 del COOTAD, que antes fue transcrito.

El inciso final del artículo 11 de la citada Ordenanza, dispone que los sujetos exentos “tienen la obligación de presentar la respectiva solicitud a fin de obtener los beneficios mencionados, ante el Director Financiero Municipal, con los requisitos establecidos en el artículo 119 de la Codificación del Código Tributario, señalando además el domicilio tributario para notificaciones en el cantón Ibarra”.

De las normas citadas se desprende que las municipalidades son sujetos activos del impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales; y, que son sujetos pasivos de este impuesto, las personas naturales o jurídicas domiciliadas en el respectivo cantón, que ejerzan actividades comerciales, industriales y financieras, y que estén obligadas a llevar contabilidad de conformidad con la Ley de Impuesto a la Renta y su Reglamento de Aplicación.

Las exenciones al impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales, establecidas por los artículos 554 del COOTAD y 33 de la Ley de Control Tributario y Financiero, no incluyen a las sociedades anónimas en las que el Estado fuere accionista, como es el caso de la Empresa Parque Industrial Imbabura S.A; y, según el inciso final del citado artículo 554 del COOTAD, para el impuesto sobre el activo total no se reconocen las exoneraciones previstas en leyes especiales.

De acuerdo al artículo 133 de la Constitución de la República, las leyes se clasifican en orgánicas y ordinarias y el artículo 425 de la Constitución de la República establece el orden jerárquico de aplicación de las normas.

En el caso que nos ocupa, la materia sobre la que versa su consulta está regulada por dos leyes de igual rango, por lo que corresponde determinar la norma aplicable en función de la materia, en base al principio de especialidad. Al efecto, en primer término se debe considerar el ámbito establecido en cada uno de los cuerpos legales en conflicto, es decir, entre la Ley Orgánica de Empresas Públicas y el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

La Ley Orgánica de Empresas Públicas, aplicable a las sociedades anónimas en las que el Estado fuere accionista único o mayoritario, en su artículo 1, dispone lo siguiente:

“Art. 1.- AMBITO.- Las disposiciones de la presente Ley regulan la constitución, organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación de las empresa públicas que no pertenezcan al sector financiero y que actúen en el ámbito inter-nacional, nacional, regional, provincial o local; y, establecen los mecanismos de control económico, administrativo, financiero y de gestión que se ejercerán sobre ellas, de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución de la República”.

Por su parte, el artículo 1 del Código Orgánico de Organización Territorial, Auto-nomía y Descentralización, COOTAD, determina lo siguiente:

“Art. 1.- Ámbito.- Este Código establece la organización político-administrativa del Estado ecuatoriano en el territorio: el régimen de los diferentes niveles de gobiernos autónomos descentralizados y los regímenes especiales, con el fin de garantizar su autonomía política, administrativa y financiera. Además, desarrolla un modelo de descentralización obligatoria y progresiva a través del sistema nacional de competencias, la institucionalidad responsable de su administración, las fuentes de financiamiento y la definición de políticas y mecanismos para compensar los desequilibrios en el desarrollo territorial”.

Las dos normas en aparente conflicto contienen disposiciones de índole tributario y se encuentran ubicadas en conjuntos normativos distintos, como son la Ley Orgánica de Empresas Públicas y el Código Orgánico de Organización, Autonomía y Descentralización, cuerpos legales que regulan temas distintos, conforme analizaré posteriormente.

Es pertinente considerar que el Derecho, es un conjunto armónico y conviene revisar el contexto general de los dos cuerpos legales, como un todo. Así, la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en sus disposiciones en conjunto, como un cuerpo legal íntegro, regula exclusivamente aspectos de constitución, organización, tributarios y otros referentes a las empresas públicas en particular.

Por su parte, el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Des-centralización, regula asuntos de distintos ámbitos. Así por ejemplo, establece, la organización política administrativa del Estado ecuatoriano; los tipos de gobier-nos autónomos descentralizados en sus distintos niveles, sus recursos financieros y los mecanismos de transferencias del Presupuesto General del Estado a dichos gobiernos; y también, aspectos de descentralización y del sistema nacional de competencias. Es decir, este Código Orgánico abarca un contexto mucho más general, ya que su normativa tiene diferentes destinatarios.

De lo anteriormente expuesto, se establece que dada la especialidad de la normativa de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y, en particular de las exenciones determinadas para las empresas públicas, dispuestas en el artículo 41 de la indicada Ley Orgánica, aplicable a las sociedades anónimas en las que el Estado fuere accionista único o mayoritario, de conformidad con el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 300 de la Ley de Compañías, estas priman con respecto a la norma contenida en el inciso final del artículo 554 del COOTAD, aún cuando este cuerpo legal haya sido expedido con posterioridad, ya que el indicado COOTAD, como ha quedado establecido, regula la organización político-administrativa del Estado ecuatoriano en el territorio a través del régimen de los diferentes niveles de gobiernos autónomos descentralizados y los regímenes especiales, con el fin de garantizar su autonomía política, administrativa y financiera, es decir que abarca un conjunto más general de temas e instituciones jurídicas.

Por su parte, el artículo 35 del Código Tributario, al referirse a las exenciones generales del pago de impuestos, prevé lo siguiente:

“Art. 35.- Exenciones generales.- Dentro de los límites que establezca la ley y sin perjuicio de lo que se disponga en leyes orgánicas o especiales, en general están exentos exclusivamente del pago de impuestos, pero no de tasas ni de contribuciones especiales:

1. El Estado, las municipalidades, los consejos provinciales, las entidades de derecho público, las empresas públicas constituidas al amparo de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y las entidades de derecho privado con finalidad social o pública;
2. Las instituciones del Estado, las municipalidades u otras entidades del gobierno seccional o local, constituidos con independencia administrativa y económica como entidades de derecho público o privado, para la prestación de servicios públicos;
3. Las empresas de economía mixta, en la parte que represente aportación del sector público;
4. Las instituciones y asociaciones de carácter privado, de beneficencia o de educación, constituidas legalmente, siempre que sus bienes o ingresos se destinen a los mencionados fines y solamente en la parte que se invierta directamente en ellos;
5. Las Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos y otros organismos internacionales, de los que forme parte el Ecuador, así como sus institucio-

nes por los bienes que adquieran para su funcionamiento y en las operaciones de apoyo económico y desarrollo social; y,

6. Bajo la condición de reciprocidad internacional:

- a) Los Estados extranjeros, por los bienes que posean en el país;
- b) Las empresas multinacionales, en la parte que corresponda a los aportes del sector público de los respectivos Estados; y,
- c) Los representantes oficiales, agentes diplomáticos y consulares de naciones extranjeras, por sus impuestos personales y aduaneros, siempre que no provengan de actividades económicas desarrolladas en el país.

Las exenciones generales de este artículo no serán aplicables al impuesto al valor agregado IVA e impuesto a los consumos especiales ICE”.

El numeral 1 del artículo 35 del Código Tributario, anteriormente citado, fue reformado por la Ley Orgánica de Empresas Públicas, incluyendo a dichas empresas como entidades exentas del pago de impuestos, lo que ratifica la voluntad del legislador de establecer una normativa tributaria particular para las empresas públicas, aplicables también a las sociedades anónimas en las que el Estado es accionista único o mayoritario.

Del análisis jurídico que precede se concluye que el régimen tributario establecido por el artículo 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en concordancia con el numeral 1 del artículo 35 del Código Tributario, rige a partir de la promulgación de esa Ley y se aplica a las sociedades anónimas de propiedad del Estado, de conformidad con el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 300 de la Ley de Compañías, por el numeral 1.5 de la Disposición Final Segunda “Reformas y Derogatorias” de la Ley Orgánica de Empresas Públicas. En consecuencia, las sociedades anónimas cuyo capital está integrado única o mayoritariamente con recursos provenientes de entidades del sector público, se encuentran exentas de declarar y pagar los impuestos de patente y de 1.5 por mil que motivan su consulta, desde la expedición de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, como quedó señalado.

Este pronunciamiento se limita al análisis de la aplicación de las normas legales. En todo caso, a la Procuraduría General del Estado no le compete decidir sobre una situación particular, ya que tal resolución le corresponde al Municipio como autoridad tributaria, en ejercicio de su facultad determinadora definida por el artículo 68 del Código Tributario, como el acto o conjunto de actos reglados

realizados por la administración activa, tendientes a establecer, en cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo.

OF. PGE. N°: 06645, de 27-02-2012

PLURIEMPLEO: PROFESORES DE ENSEÑANZA SECUNDARIA

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE EDUCACIÓN

CONSULTA:

“Si se encuentra vigente la excepción al pluriempleo, prohibido por el artículo 12 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 9 de su Reglamento General, a los profesores de los planteles de enseñanza secundaria prevista en el artículo 77 de la derogada Constitución Política de 1967”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 226, 229, 230 num. 2.
Constitución Política de la República del Ecuador de 1967 Art. 77 (derogada).
Constitución Política de la República del Ecuador de 1979 Art. 41 (derogada).
Constitución Política de la República del Ecuador de 1978.
Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 Art. 125 (derogada).
Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 3, 4, 12, 117 y Disp. Gen. Décima Octava; y, 9 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

Al oficio de consulta se anexa copia del informe del Coordinador General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Educación, que consta en el Memorando No. MINEDUC- CGAJ – 2012 – 00351 – MEM de 18 de marzo de 2012, quien respecto del asunto consultado, concluye manifestando lo siguiente:

“En razón de la normativa citada, y aplicando el Art. 226 de la Constitución que señala que las instituciones del Estado ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean otorgadas en la Constitución y la ley; esta Coordinación, en el ámbito de sus competencias y salvo el criterio del señor Procurador General del Estado, es de la opinión que el Decreto Legislativo publicado en el Registro

Oficial 367 de 12 de noviembre de 1982, que es interpretativo del artículo 41 de la Constitución Política de 1979, fue derogado expresamente al ser derogada esta Carta Suprema por la Constitución Política de 1998; y que, como los artículos 12 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 9 de su Reglamento General, están de acuerdo con el artículo 230, numeral 2, de la Constitución de la República de 2008, vigente en la actualidad, no está vigente la excepción al pluriempleo para los profesores de los planteles de enseñanza secundaria, prevista en el artículo 77 de la derogada Constitución Política de 1967”.

El contenido de la consulta exige considerar como antecedente, el Art. 77 de la derogada Constitución Política de 1967, referido por usted en el oficio de consulta, como en el informe del Coordinador General de Asesoría Jurídica de esa Cartera de Estado.

El Art. 77 de la Constitución Política de 1967, disponía que nadie podía desempeñar simultáneamente dos o más cargos públicos.

Añadía la norma Constitucional citada en el inciso segundo lo siguiente:

“Quedan excluidos de esta disposición los profesores de las universidades, de las escuelas politécnicas y de los planteles de enseñanza secundaria; dichos profesores podrán ejercer un cargo más, siempre que sea compatible con el desempeño de la cátedra”.

Así mismo, es pertinente considerar que el Art. 41 de la Constitución Política de 1979, mencionado por el Coordinador General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Educación, disponía lo siguiente:

“Art. 41.- Ninguna persona puede desempeñar dos o más cargos públicos, a excepción de los profesores universitarios, quienes, además del cargo público, pueden ejercer la docencia; y de los profesionales telegrafistas y radiotelegrafistas, quienes, pueden ejercer otro cargo público.

Prohíbese el nepotismo en la forma que señala la ley”.

Mediante el Decreto Supremo No. 2400, publicado en el Registro Oficial No. 564 de 12 de abril de 1978, se declaró la vigencia de la Constitución Política de la República del Ecuador, aprobada en el Referéndum de 15 de enero de 1978, publicada en el Registro Oficial No. 800 de 27 de marzo de 1979, vigencia que surtió efecto con la fecha de posesión del Presidente de la República, el 10 de agosto de 1979.

De ahí que la Constitución Política de la República de 1967 y por tanto el texto de su Art. 77 quedó derogado con la vigencia de la Constitución Política de la República publicada en el Registro Oficial No. 800 de 27 de marzo de 1979 cuya vigencia surtió efecto a partir del 10 de agosto de 1979.

Mediante el Decreto Legislativo publicado en el Registro Oficial No. 367 de 12 de noviembre de 1982, la Cámara Nacional de Representantes, en el Art. Único interpretó el Art. 41 de la Constitución Política de 1979, en los siguientes términos:

“Art. Único.- Interpretase el artículo 41 de la Constitución Política en el sentido de que su inciso primero no es aplicable a los Profesores que, amparados en la norma permisiva ya citada, ejercían dos cargos públicos antes de la fecha en que entró en vigencia la actual Constitución”.

La Constitución Política de la República de 1978 publicada en el Registro Oficial No. 800 de 27 de marzo de 1979, que motivó la interpretación del Art. 41, fue derogada por la Constitución Política de la República, publicada en el Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.

La Constitución Política de 1998, en el Art.125, establecía que nadie desempeñaría más de un cargo público, excepto los docentes universitarios que podían ejercer la cátedra si su horario lo permitía. En dicha Constitución no se hizo ninguna excepción respecto de los profesores de enseñanza secundaria.

La consulta formulada por usted está referida a determinar si se encuentra vigente la excepción al pluriempleo prevista en el Art. 12 de la Ley Orgánica del Servicio Público y en el Art. 9 de su Reglamento General, a los profesores de los planteles de enseñanza secundaria, que contemplaba el Art. 77 de la derogada Constitución Política de la República de 1967.

La Constitución de la República publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, en el Art. 229 prescribe que serán servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

En similares términos consta el Art. 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010.

La Carta Constitucional en el Art. 230 dispone que en el ejercicio del servicio público se prohíbe además de lo que determine la ley: “1. Desempeñar más de un

cargo público simultáneamente a excepción de la docencia universitaria siempre que su horario lo permita”.

Con respecto al pluriempleo los incisos primero y segundo del Art. 12 de la LOSEP prevén lo siguiente:

“Art. 12.- Prohibición de pluriempleo.- 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.

Se exceptúa de esta prohibición a las y los docentes de Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas y Privadas, legalmente reconocidas, siempre que el ejercicio de la docencia lo permita y no interfiera con el desempeño de la función pública. Igual excepción se aplicará a los músicos profesionales de las orquestas sinfónicas del país, quienes también podrán desempeñar la docencia en los conservatorios de música”.

La norma transcrita ha previsto dos excepciones a la prohibición del pluriempleo; la primera de tipo general, en cuanto a que el ejercicio de la docencia en las universidades y escuelas politécnicas públicas y privadas no interfiera con el desempeño de un cargo público, y la segunda, de tipo particular, que permite a los músicos profesionales de las orquestas sinfónicas del país ser docentes en los conservatorios de música.

En concordancia con el Art. 12 de la LOSEP, el Art. 9 de su Reglamento General, sustituido por el Art. 1 del Decreto Ejecutivo No. 813 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 489 de 12 de julio de 2011, dispone que los servidores públicos podrán ejercer la docencia en Universidades, Escuelas Politécnicas Públicas y Privadas, Orquestas Sinfónicas y Conservatorios de Música, únicamente fuera de la jornada de trabajo institucional.

En consecuencia de lo expuesto, se desprende que ninguna persona podrá desempeñar más de un puesto o cargo público, excepto el ejercicio de la docencia en Universidades, Escuelas Politécnicas Públicas y Privadas, Orquestas Sinfónicas y Conservatorios de Música, únicamente fuera de la jornada de trabajo institucional.

De conformidad con el Art. 117 de la LOSEP, sin perjuicio de lo prescrito en 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 Art. 3 de esta ley.

Agrega el inciso segundo del Art. 117 citado que, se exceptúan de la regla del primer inciso, los honorarios y otros emolumentos que perciban los servidores que por sus conocimientos o experiencias, sean requeridos a colaborar en programas de formación o capacitación en calidad de organizadores, profesores, docentes universitarios entre otros, si tales programas son desarrollados o auspiciados por una entidad u organismo de los contemplados en el Art. 3 de esta Ley, siempre que existan disponibilidades presupuestarias y las labores se realicen fuera de la jornada ordinaria de trabajo.

Dentro de este contexto, cabe citar la Disposición General Tercera de la LOSEP que dispone que el nepotismo, la inhabilidad especial por mora, la responsabilidad por pago indebido, el pluriempleo, las inhabilidades; y las prohibiciones para desempeñar cargos públicos constituirán normas de aplicación general para todas las entidades y organismos dispuestos en el Art. 3 de esta Ley.

De otra parte, la Disposición General Décima Octava de la Ley Orgánica del Servicio Público prescribe que para la aplicación de la presente Ley y su Reglamento se tendrá como tal los siguientes conceptos:

“Docente.- Toda servidora o servidor legalmente nombrado o contratado para prestar servicios exclusivamente de docencia en centros educativos, Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas; y las del Sistema Nacional de Educación Pública”.

Cabe destacar que, la Disposición Final Primera de la LOSEP prescribe que sus disposiciones por tener carácter de Orgánica, prevalecen sobre las ordinarias que se le opongan y orgánicas expedidas con anterioridad a la vigencia de esta Ley y entrarán en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial; esto es el 6 de octubre de 2010, fecha de su publicación en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294.

En consecuencia de lo expuesto, se concluye que se encuentra vigente la excepción al pluriempleo previsto por el Art. 230 numeral 1 de la Constitución de la República, los Arts. 12 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 9 de su Reglamento General para los profesores de los planteles de enseñanza secundaria, quienes no pueden desempeñar otro cargo público, excepto la docencia universitaria si su horario lo permite.

OF. PGE. N°: 07586, de 30-04-2012

PUESTOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN: VIÁTICO POR GASTOS DE RESIDENCIA

ENTIDAD CONSULTANTE: REGISTRO CIVIL, IDENTIFICACIÓN Y
CEDULACIÓN

CONSULTAS:

1. “En el caso de un servidor público que ha ingresado por primera vez al grado 2 del nivel jerárquico superior, obteniendo un nombramiento de libre nombramiento y remoción, habiendo previamente a la posesión de su cargo conocido que iba a desempeñar sus funciones fuera del lugar de su domicilio, y habiendo declarado juramentadamente, que en caso de ser elegido en el puesto para el que estaba concursando residiría en el lugar en el que dicho puesto tenga su sede, ¿tiene derecho a la compensación por residencia?”

2. “El Art. 257 (sic) del Reglamento General de la LOSEP establece que: “La o el servidor público solicitante del viático por residencia deberá acreditar mediante la declaración juramentada ante Notario requerida para el ingreso al servicio público, que ha trasladado su residencia personal y/o familiar...” (nótese que literalmente el enunciado normativo habla del tiempo pasado o pretérito; es decir no dice que “trasladará su domicilio” sino que debe declarar que ya “trasladó su domicilio”), sin embargo el servidor público que ha ingresado por primera vez al grado 2 del nivel jerárquico superior, obteniendo un nombramiento de libre nombramiento y remoción, ha declarado: “en caso de ser elegido en el puesto al que estoy concursando, residiré en el lugar de trabajo en que tenga la sede dicho puesto...” ¿Tiene derecho al pago del viático por compensación por residencia?”

3. “El pago del viático de compensación por residencia ¿no aprovecha únicamente a quienes ya se encontraban en el servicio público y que fueron trasladados para desempeñar sus funciones a un lugar distinto del de su residencia habitual, y no a los que ingresan por primera vez al servicio público?”

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Servicio Público Arts.17, 83 lits. a) y h), 85 y 124 ; y, 257, 273, 274, 275 de su Reglamento.

Mandato Constituyente N° 2 Art. 5.

Res. N° 147 de la ex SENRES Arts. 3., 5 lit. a). y Disp. Gen. Cuarta.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. La consulta se refiere a la designación del Ab. Julio Baque Mieles, al puesto de Director Técnico de Área en el Registro Civil, mediante acción de personal No. 523-GRH de 31 de octubre de 2008, cargo que dicho servidor desempeña hasta la actualidad.

Se agrega que, previo a su ingreso a la institución, el servidor a quien se refiere la consulta rindió una declaración juramentada en la que manifestó que “en caso de ser elegido en el puesto al que estoy concursando residiré en el lugar de trabajo en que tenga la sede dicho puesto”. Copia certificada de referida declaración juramentada ha sido remitida a pedido nuestro.

El informe del Director de Asesoría Jurídica de la entidad consultante, contenido en documento sin número de 9 de febrero de 2012 argumenta que, para el análisis del tema materia de consulta se deben considerar tanto el Reglamento para el Pago de Compensación por Residencia y Transporte para Funcionarios y Servidores de las Instituciones, Organismos, Empresas del Estado, expedido mediante Resolución No. SENRES-2008-00147 de 14 de octubre de 2008, como el vigente Reglamento General de la Ley Orgánica de Servicio Público.

Con respecto al caso específico del Ab. Julio Baque Mieles, Director Técnico de Área, el informe jurídico de la entidad consultante concluye que: “debía aplicársele la disposición general cuarta del Reglamento para el Pago de Compensación por Residencia y Transporte para Funcionarios y Servidores de las Instituciones, Organismos, Empresas del Estado, expedido mediante Resolución No. SENRES-2008-00147.”

El informe jurídico de la entidad consultante, invoca además el artículo 274 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), que exceptúa del pago del viático por residencia, al servidor que al posesionarse del puesto aceptó las condiciones, remuneración y requerimientos del puesto, lugar de trabajo y actividades a desempeñar; argumenta que “se entiende que el funcionario o servidor público tiene derecho al pago del viático analizado siempre y cuando ya haya sido funcionario o servidor público antes del traslado a otra ciudad distinta de su domicilio, y no cuando se ingresa al servicio público como ocurre en el presente caso...”

Concluye el Asesor Jurídico de la entidad consultante expresando que: “el derecho al pago de viático analizado se origina únicamente cuando un servidor o funcionario público, habiendo sido contratado para desempeñar sus funciones en un determinado sitio, es trasladado a otro en el ejercicio de su cargo.”

Entre los documentos cuya copia certificada se han remitido en atención al requerimiento de este Organismo, constan los siguientes:

Acción de personal No. 523-GRH de 31 de octubre del 2008 por la que se designa al Ab. Julio Antonio Baque Mieles, al cargo de Director Técnico de Área de Gestión Agregador de Valor.

Memorando No. 843/DIR-RH/2011 de 23 de marzo de 2011, remitido por el Director de Recursos Humanos encargado al entonces Director General del Registro Civil, en el que sugiere se suspenda el pago por compensación de residencia de siete funcionarios de esa entidad, en virtud de que los pagos se han efectuado “en base a una resolución de SENRES, la misma que al momento ya no se encuentra vigente.”

Memorando No. 0573/DAJ/2011 de 13 de mayo de 2011, por el que el entonces Director Nacional de Asesoría Jurídica del Registro Civil se dirige al Coordinador General Administrativo Financiero de esa entidad; y, en lo principal concluye manifestando que la Resolución 147 de la SENRES “conserva su vigencia en todo aquello que no esté en contradicción con la LOSEP y su Reglamento General, hasta cuando el Ministerio de Relaciones Laborales expida otra resolución para estos pagos, que contenga la norma técnica a la que se refiere el Art. 273 del Reglamento General de la LOSEP.”

Con respecto al caso del abogado Julio Antonio Baque Mieles el memorando referido en el párrafo que precede manifiesta que: “se encuentra comprendido en la Disposición General Cuarta de la Resolución No. SENRES-2008-000147 de 14 de octubre del 2008, y actualmente en la disposición del inciso tercero de Art. 274 del Reglamento General de la LOSEP, por lo que no tuvo derecho a que se le reconozca el pago de compensación por residencia ni el actual viático por residencia.” Sobre dicha base concluye que: “...no procede el pago del viático por residencia, por lo que el mismo debe suspenderse, sin perjuicio de establecer la forma de recuperar aquellos valores que indebidamente se han reconocido por compensación por residencia, que no tienen sustento legal ni reglamentario.”

Oficio No. MRL-CT-2011-EDT (número ilegible) de 4 de enero de 2012, por el que la Subsecretaria de Control Técnico del Ministerio de Relaciones Laborales se dirige al Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación, en dicho oficio se señala que, con respecto a la Resolución SENRES-2008-000147 que contiene el Reglamento para el Pago de Compensación por Residencia y Transporte para Funcionarios y Servidores de las Instituciones, Organismos, Empresas del Estado:

“El referido Reglamento emitido por esta Cartera de Estado reguló el pago de compensación por residencia y transporte para funcionarios y servidores de las instituciones, organismos y empresas del Estado; el mismo que al momento se continúa aplicando por no ser contradictorio con las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Servicio Público y su Reglamento General, como lo señala el artículo único del Decreto Ejecutivo No. 813 de 7 de julio del 2011, con el que se expiden las reformas al Reglamento General a la LOSEP”.

Agrega la Subsecretaria de Control Técnico del Ministerio de Relaciones Laborales que: “... la excepción establecida en la Disposición General Cuarta del Reglamento para el pago de compensación por residencia y transporte para funcionarios y servidores públicos se refiere únicamente a los servidores que obtuvieron nombramientos regulares después de haber sido declarados ganadores de los correspondientes concursos de méritos y oposición y obtenido un nombramiento provisional una vez cumplido con el período de prueba y la evaluación de desempeño; por lo que del análisis técnico – normativo realizado a la documentación presentada por la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, se verifica que el Ab. Baque fue nombrado para ocupar un puesto de libre nombramiento y remoción como Director Técnico de Área mediante Acción de Personal No. 523-GRH de 31 de octubre del 2008, sin que este tipo de nombramientos estén considerados en la normativa señalada para la excepción del derecho de la compensación por residencia.”

Con tales antecedentes para atender su consulta se considera que, la compensación por residencia fue inicialmente creada por el artículo 5 del Mandato Constituyente No. 2, como un viático en beneficio del servidor que tenga su domicilio habitual fuera de la ciudad en la que preste sus servicios y por tal motivo deba trasladar su residencia y domicilio a otra ciudad.

El artículo 124 de la vigente Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP) establece el viático para gastos de residencia, en los siguientes términos: “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 de Relaciones Laborales, 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.”

En concordancia, el artículo 273 del Reglamento a la LOSEP, prevé que el viático para 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. El inciso final de la misma norma reglamentaria, confiere al Ministerio de Relaciones Laborales, competencia para emitir la norma técnica para establecer los casos de excepción.

El primer inciso del artículo 274 del Reglamento a la LOSEP dispone que “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 tuvieren 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 misma norma reglamentaria, en su segundo inciso, exceptúa del derecho al pago del viático por residencia al “servidor que obtuvo su nombramiento provisional como ganador de un concurso de méritos y oposición o aquel que una vez concluido el período de prueba obtiene su nombramiento permanente, en una ciudad distinta a la de su domicilio habitual y que al posesionarse del puesto aceptó las condiciones, remuneración y requerimientos del puesto, lugar de trabajo y actividades a desempeñar.”

El inciso final del artículo 274 del Reglamento a la LOSEP dispone que “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.”; y, el artículo 275 *ibídem*, establece la declaración juramentada como instrumento para acreditar el derecho al viático por residencia.

La norma técnica sobre el viático por gastos de residencia, a la que se refieren tanto el artículo 124 de la LOSEP como el artículo 273 de su Reglamento, que establezca los casos de excepción al reconocimiento de dicho beneficio, no ha sido aún expedida por el Ministerio de Relaciones Laborales, por lo que continúa aplicándose la Resolución 147 de la ex SENRES que contiene el “Reglamento

para el pago de compensación por residencia y transporte para los funcionarios y servidores de las instituciones, organismos y empresas del Estado”, por no ser contraria a la LOSEP, según manifiesta la Subsecretaría de Control Técnico del Ministerio de Relaciones Laborales en el oficio de 4 de enero de 2012 al que se hizo referencia en los antecedentes de este pronunciamiento.

El artículo 3 de dicha Resolución 147, define a la compensación por residencia como “...el estipendio monetario o valor mensual que los funcionarios y servidores de las instituciones, entidades, organismos y empresas del Estado, reciben por concepto del traslado de su residencia y domicilio personal o familiar junto con el servidor, a otra ciudad en la cual debe prestar sus servicios, cuyo propósito es cubrir los gastos de vivienda”; y, agrega que, para la aplicación de esa resolución, “se entenderá por domicilio personal aquel en el que vive el funcionario o servidor; en cambio, domicilio familiar es aquel en el que vive la familia del funcionario o servidor”.

La letra a) del artículo 5 *ibídem*, establece la forma de cálculo de la compensación por residencia y prevé:

“a) Del pago de compensación por residencia a funcionarios y servidores.- Los funcionarios y servidores públicos que ocupan puestos establecidos en la Escala del Nivel Jerárquico Superior y Escala de 14 Grados, que tuvieren su domicilio habitual fuera de la ciudad en la cual deben prestar sus servicios y por tal motivo deban trasladar su residencia y domicilio personal o familiar junto con el servidor a otra ciudad, percibirán, durante el desempeño de sus funciones una compensación 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...”

La Disposición General Cuarta de la Resolución 147 establece una excepción en virtud de la cual no se genera el derecho a la compensación o viático por gastos de residencia, en los siguientes términos: “El servidor que obtuvo un nombramiento regular en una ciudad distinta a la de su residencia habitual y que al posesionarse del puesto aceptó las condiciones y requerimientos del cargo, lugar de trabajo y función que iba a desempeñar, tal condición no le acredita el derecho a esta compensación”.

A los nombramientos regulares, la letra a) del artículo 17 de la LOSEP, los denomina nombramientos “permanentes”, que son aquellos que se expiden para llenar vacantes mediante el sistema de selección previsto en esa Ley; y, los distingue de los de libre nombramiento y remoción a los que se refiere la letra c) de

la misma norma y los artículos 83 letras a) y h) y 85 de esa Ley. El subnumeral a5 del citado artículo 83 de la LOSEP excluye del sistema de carrera del servicio público, a los directores en todas sus categorías y niveles.

De las normas citadas se desprende que, de conformidad con el artículo 124 de la vigente LOSEP, el viático para gastos de residencia se establece en beneficio del servidor público que deba trasladar su residencia y domicilio habitual, al lugar en el que deba ejercer el cargo; y, se exceptúa de ese derecho, al servidor con nombramiento permanente que al posesionarse del cargo aceptó las condiciones del puesto, entre ellas el lugar de trabajo, según lo establecen el segundo inciso del artículo 274 del Reglamento a la LOSEP y la Disposición General Cuarta de la Resolución 147 de la extinguida SENRES.

Los servidores designados para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, tienen derecho al viático para gastos de residencia cuando tuvieren su domicilio habitual fuera de la ciudad en la cual deben prestar sus servicios, de conformidad con el primer inciso del artículo 274 del Reglamento a la LOSEP y la letra a) del artículo 5 de la Resolución 147 de la extinguida SENRES.

En atención a los términos de su primera consulta se concluye que, de conformidad con el primer inciso del artículo 274 del Reglamento a la LOSEP y la letra a) del artículo 5 de la Resolución 147 de la extinguida SENRES, un servidor público que ingresó al grado 2 del nivel jerárquico superior, esto es a un puesto de libre nombramiento y remoción y que para desempeñar el puesto hubiere debido trasladar su residencia a un lugar distinto de aquel en que tiene su domicilio habitual, tiene derecho al viático por gastos de residencia. La excepción a dicho beneficio, establecida por el segundo inciso del artículo 274 del Reglamento a la LOSEP y la Disposición General Cuarta de la Resolución 147 está referida exclusivamente a los servidores designados mediante nombramiento provisional o permanente luego de concurso de méritos y oposición, y que al posesionarse aceptaron los requerimientos del puesto, incluido el lugar de trabajo.

2. El artículo 257 del Reglamento General de la LOSEP, ubicado en el Capítulo III "De los Ingresos Complementarios", Título V "Ámbito y Objeto de las Remuneraciones e Indemnizaciones del Sector Público" de ese Reglamento, al que por un error tipográfico se ha referido su consulta, trata sobre la décima tercera remuneración a la que tienen derecho los servidores públicos.

El artículo 275 del citado Reglamento, es la norma que establece los requisitos para el pago del viático por residencia, que es la materia sobre la que trata su consulta. Dicha norma dispone:

“Art. 275.- Requisitos para el pago.- La o el servidor público solicitante del viático por residencia deberá acreditar mediante la declaración juramentada ante Notario requerida para el ingreso al servicio público, que ha trasladado su residencia personal y/o familiar, y adjuntar los requisitos adicionales, de lo cual le corresponderá hacer el seguimiento y verificación posterior a la UATH.

En caso que se compruebe la falsedad en la declaración juramentada ante Notario para proceder al pago de viático por residencia, o se simulare un domicilio en otra ciudad, a más de las acciones administrativas, se procederá al inicio de los procesos civiles o penales en contra de la o el servidor, sin perjuicio de la correspondiente destitución previo el sumario administrativo.”.

De conformidad con el artículo 16 de la LOSEP, para desempeñar un puesto público se requiere de nombramiento o contrato legalmente expedido por la respectiva autoridad nominadora.

Los servidores designados para ocupar puestos de libre nombramiento y remoción, están excluidos de la carrera de servicio público, según la letra c) del artículo 17 de la LOSEP y los artículos 83 letra h) y 85 de la misma ley.

Al atender su primera consulta se concluyó que un servidor público que ingresó al grado 2 del nivel jerárquico superior, esto es a un puesto de libre nombramiento y remoción, tiene derecho a la compensación o viático por gastos de residencia, si cumple con los requisitos establecidos para el reconocimiento de dicho beneficio, de conformidad con el primer inciso del artículo 274 del Reglamento a la LOSEP y la letra a) del artículo 5 de la Resolución 147 de la extinguida SENRES que contiene el “Reglamento para el pago de compensación por residencia y transporte para los funcionarios y servidores de las instituciones, organismos y empresas del Estado” que continúa aplicándose en tanto no contraviene a la LOSEP, hasta que se expida la norma técnica por parte del Ministerio de Relaciones Laborales.

Sobre la aplicación de la Resolución No. 147 de la extinguida SENRES, en pronunciamientos contenidos en oficios Nos. 15007, 15177 y 16541 de 1 de julio de 2010, 8 de julio de 2010 y 15 de septiembre de 2010, expedidos antes de la promulgación de la LOSEP, me pronuncié en el siguiente sentido: “a) Que los funcionarios del Nivel Jerárquico Superior tienen derecho a la compensación por residencia cuando trasladen su “residencia y domicilio personal o familiar junto con el servidor” a otra ciudad en la cual deban prestar sus servicios;...c) Que las Unidades de Administración de Recursos Humanos de cada institución, deben emitir informe previo al pago de la compensación por residencia, sobre la base

de la declaración juramentada efectuada por el funcionario o servidor, en la que se afirme que su “domicilio personal y habitual” lo tiene fuera de la ciudad en la cual deben prestar sus servicios”.

De conformidad con el artículo 124 de la LOSEP y los artículos 273, 274 y 275 de su Reglamento, cuyos textos quedaron citados en la primera consulta, el derecho al viático para gastos de residencia se reconoce a los servidores que para el desempeño del puesto hubieren trasladado su residencia a un lugar distinto de aquel en que tienen su domicilio habitual; y, la excepción a dicho beneficio, establecida por el segundo inciso del artículo 274 del Reglamento de la LOSEP y la Disposición General Cuarta de la Resolución 147 de la extinguida SENRES, está referida a los servidores designados mediante nombramiento provisional o permanente luego de concurso de méritos y oposición, y que al posesionarse aceptaron los requerimiento del puesto, incluido el lugar de trabajo.

En consecuencia, con respecto a su segunda consulta se concluye que, el viático para gastos de residencia se reconoce a los servidores públicos en funciones que, para el ejercicio de su puesto deban trasladar su residencia a una ciudad distinta de aquella en que tengan su domicilio habitual; es decir que, el derecho al pago del viático se configura cuando quien lo solicita ya ha trasladado su residencia y tiene la condición de servidor público. El traslado del domicilio, entonces, debe ser anterior al pago, pero no necesariamente anterior al nombramiento, considerando que el Art. 275 del Reglamento a la LOSEP se refiere al servidor público, es decir, quien ya ha sido nombrado, y al momento del pago, no al del nombramiento

Por tanto, tratándose de servidores que ocupan puestos de libre nombramiento y remoción, al solicitar el pago del viático por residencia, la declaración juramentada que exige el artículo 275 del Reglamento General de la LOSEP, deberá consignar que para desempeñar el puesto el servidor ya ha trasladado su residencia a un lugar distinto de aquel en que tiene su domicilio habitual.

3. Conforme se analizó al atender sus dos primeras consultas, el viático por residencia está destinado a cubrir gastos de vivienda de los servidores con nombramiento permanente o de libre remoción, que para ejercer su puesto se vieron obligados a trasladar su residencia a una ciudad distinta y de otra provincia, respecto de aquella en que tuvieron su domicilio personal o familiar habitual, según los artículos 124 de la LOSEP, 273 y 274 de su Reglamento y el artículo 5 letra d) de la Resolución 147 de la extinguida SENRES. Por ello, el artículo 275 del Reglamento General de la LOSEP, que establece los requisitos para el pago del viático por residencia, exige que el servidor acredite mediante la declara-

ción juramentada ante Notario, que ya ha trasladado su residencia personal y/o familiar.

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.

Los servidores designados por nombramiento provisional de prueba, que se expide para el ingreso a la administración pública según el subnumeral b5 de la letra b) del artículo 17 de la LOSEP, que una vez cumplido el periodo de prueba y la respectiva evaluación, obtengan un nombramiento permanente, no tendrán derecho al viático por gastos de residencia sí, al tiempo de posesionarse del cargo aceptaron sus condiciones, entre ellas el lugar de trabajo, de conformidad con la excepción establecida por el segundo inciso del artículo 274 del Reglamento a la LOSEP y la Disposición General Cuarta de la Resolución 147 de la extinguida SENRES.

OF. PGE. N°: 07767, de 14-05-2012

REAJUSTE DE PRECIOS: CÁLCULO E INTERESES PARA DEVOLUCIÓN DEL ANTICIPO NO DEVENGADO

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN LORETO

CONSULTAS:

1. El valor no devengado del anticipo que devuelve la contratista debe ser calculado aplicando la fórmula polinómica de reajuste de precios del contrato, desde la fecha de pago del anticipo hasta la fecha de devolución o hasta que se notifique la liquidación final del contrato, constante en el Acta de Terminación de Mutuo Acuerdo, luego de lo cual correría el interés legal.

2. Se deberían calcular los intereses de ley sobre el valor del anticipo no devengado por devolver, entre la fecha de notificación con la liquidación constante en el Acta de Terminación de Mutuo Acuerdo hasta la fecha que efectivamente se produzca la devolución.
3. Se le debería reconocer a la contratista, valor alguno, sin haber ejecutado los trabajos objeto del contrato.
4. Procede reconocer a favor de la contratista, costo financiero o el valor cancelado en las aseguradoras por la obtención y renovaciones de las garantías presentadas al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Loreto.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 238 y 239.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Arts. 82, 83, 92 num. 2, 93 y 96 num. 3; y, 125 y 126 de su Reglamento.

Ley Orgánica de Contratación Pública Arts. 5, 9, 59 y 60 lits. a), b), i) y aa) y 93 (derogada).

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado Art. 84.

Código Civil Art. 1561.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. Con relación a la primera consulta, en el memorando No. 072 de 29 de enero de 2012, el Procurador Síndico Municipal expresa el siguiente criterio:

“El valor del anticipo no devengado por devolver, es apenas uno de los rubros a incluir en la liquidación, por lo que de haber lugar al cobro de intereses, éstos se deben calcular sobre el valor liquidado y no desde de la notificación de la terminación del contrato por mutuo acuerdo al contratista, sino una vez vencido el término establecido en el Acta de Terminación del Contrato”.

“Que se debe practicar el reajuste del anticipo entregado a la contratista en atención a lo dispuesto en la cláusula Décima Primera del contrato”.

Entre la documentación remitida a esta Institución, consta copia certificada del “Contrato para la Construcción del Puente Ahuano Mixto en Hormigón y Estructura Metálica, Ubicado en la Parroquia Ávila Huiruno del Cantón Loreto”, celebrado el 14 de diciembre de 2010, entre el Gobierno Municipal del Cantón Loreto y la Compañía Construcciones y Servicios ROCAORIENTAL S.A., cuyo objeto de conformidad con la cláusula cuarta es ejecutar, terminar y entregar a entera satisfacción el indicado puente, por un precio de ciento veinticuatro mil

quinientos cincuenta y cinco dólares con cinco centavos más IVA, según estipula la cláusula quinta, en la que consta la tabla de cantidades y de precios unitarios.

La cláusula décima primera, numeral 11.01 del Contrato para la Construcción del Puente sobre el Río Ahuano estipula que: “En el caso de producirse variaciones en los costos de los componentes de los precios unitarios estipulados en este contrato, los costos se reajustarán, para efectos del pago del anticipo y de las planillas de ejecución de obra, desde la fecha de variación, mediante la aplicación de la siguiente fórmula”. A continuación se establece la fórmula de reajuste.-

Del numeral 11.01 de la cláusula décima primera, antes citada, se desprende que el contrato que motiva la consulta, previó reajuste de precios, que procede en los contratos de obra con sistema de precios unitarios, al tenor de los artículos 82 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 126 de su Reglamento General .

En concordancia, el artículo 83 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prevé que para la aplicación de las fórmulas, los precios e índices de precios serán proporcionados por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), mensualmente, dentro de los diez (10) días del mes siguiente, de acuerdo con su propia reglamentación. Para estos efectos, la Instituto Nacional de Contratación Pública mantendrá permanente coordinación con el INEC.

De los artículo 82 y 83 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 126 de su Reglamento, se desprende que para que proceda el reajuste se deben tomar en cuenta dos circunstancias: 1. Que exista variación de los precios unitarios estipulados en el contrato, según el artículo 82 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, 2. La fecha en que dicha variación se ha producido, según el artículo 83 ibídem.

De la copia certificada del memorando No. 066-DF-GADML-2011 de 12 de abril de 2011, el Director Financiero de Municipio de Loreto certifica que “con fecha 23 de diciembre de 2010 se canceló la cantidad de \$ 62,277.52 a la Cía ROCAO-RIENTAL, correspondiente al 50% como anticipo al contrato de Construcción del Puente Ahuano”.

Conforme quedó referido en los antecedentes del presente “se determinó que las coordenadas Norte y Este no coinciden, por lo que se volvió a tomar dichas coordenadas...siendo distintas al sitio donde se diseñó el puente” y según se expresa en el numeral 8 del Informe No. 0213 de 16 de marzo del 2011, suscrito por el Director de Obras Públicas Municipal, “Con los datos de los puentes y los planos

de diseño se procede a realizar la verificación y se comprueba que definitivamente ninguno de los puentes diseñados son para el día (sic) Ahuano y corresponden a los ríos Tetete y Tigre, tanto por las coordenadas, topografía y longitud del puente”, lo que motivó que las partes acuerden la terminación anticipada y de mutuo acuerdo del Contrato para la Construcción del Puente Ahuano Mixto en Hormigón y Estructura Metálica, Ubicado en la Parroquia Ávila Huiruno del Cantón Loreto, celebrado entre el Gobierno Municipal del Cantón Loreto y la Compañía Construcciones y Servicios Rocaoriental S.A., prevista en el numeral 2 del artículo 92 de la Ley Orgánica del Sistema de Nacional de Contratación Pública.

Por otra parte, en el oficio No. 091-GML-DOP de 18 de agosto de 2011, suscrito por el Director de Obras Públicas y dirigido al Procurador Síndico, respecto del contrato antes señalado, se informa que “hasta la presente fecha no se ha realizado ningún tipo de trabajo, debido al error de ubicación el (sic) puente”.

Por su parte, del oficio No. 379-A-GADML-2011 de 15 de septiembre del 2011, adjunto a su consulta, se establece que su autoridad remitió a la empresa contratista la liquidación efectuada por la Dirección Financiera del Municipio de Loreto y según consta de la copia de la comunicación de 30 de noviembre de 2011, dirigida al Alcalde, el Gerente General de la empresa contratista señala que “Igualmente estoy de acuerdo con la liquidación presentada por la Dirección Financiera del Gobierno Municipal de Loreto”.

En cuanto al monto del anticipo recibido, en el memorando No. 066-DF-GADML-2011 de 12 de abril de 2011, suscrito por el Director Financiero y dirigido al Asesor Jurídico, previamente citado, se establece que el anticipo entregado a la compañía contratista, ascendió a sesenta y dos mil doscientos setenta y siete con cincuenta y dos dólares de los Estados Unidos de América (\$ 62.277,52), valor que igualmente se determina en las Cláusulas Cuartas y Quinta, referidas a “Liquidación de la Obra” y “Restitución y Plazo de Pago”, respectivamente, que consta en el proyecto de “Acta de Terminación de Contrato para la Construcción del Puente Ahuano mixto de hormigón y estructura metálica ubicado en la parroquia Ávila Huiruno del cantón Loreto, celebrado entre el gobierno municipal del Cantón Loreto y la compañía Construcciones y Servicios Rocaoriental S.A.”, que se ha remitido a esta Procuraduría.

En el caso de consulta, la empresa contratista no podía ejecutar la obra debido a los errores existentes en los estudios técnicos, lo que daba derecho a la contratista a aplicar el numeral 3 del artículo 96 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que prevé que el contratista pueda demandar la resolución

del contrato cuando los diseños definitivos sean técnicamente inejecutables o no se hubieren solucionado defectos de ellos; en este caso, la entidad contratante iniciará las acciones legales que correspondan en contra de los consultores por cuya culpa no se pueda ejecutar el objeto de la contratación; o, en su defecto, solicitar de manera inmediata la terminación por mutuo acuerdo, por circunstancias técnicas que impiden ejecutar la obra, al tenor del artículo 93 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Mediante oficio No. 0182-A-MGL-2011 de 12 de abril 2011, el Alcalde de Loreto notificó a la contratista la voluntad del Municipio de dar por terminado por mutuo acuerdo el contrato materia de su consulta y con fecha 13 de junio de 2011, la empresa contratista expresó su consentimiento para la terminación por mutuo acuerdo del Contrato.

Respecto de la terminación por mutuo acuerdo de los contratos sujetos a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el artículo 93 de la indicada Ley Orgánica dispone lo siguiente:

“Art. 93.- Terminación por Mutuo Acuerdo.- Cuando por circunstancias imprevisas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, no fuere posible o conveniente para los intereses de las partes, ejecutar total o parcialmente, el contrato, las partes podrán, por mutuo acuerdo, convenir en la extinción de todas o algunas de las obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren.

La terminación por mutuo acuerdo no implicará renuncia a derechos causados o adquiridos en favor de la Entidad Contratante o del contratista.

Dicha entidad no podrá celebrar contrato posterior sobre el mismo objeto con el mismo contratista”.

Cualquiera que sea la causa de terminación del contrato, procede la liquidación del mismo, prevista en el artículo 125 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública, que prescribe:

“Art. 125.- Liquidación del contrato.- En la liquidación económico contable del contrato se dejará constancia de lo ejecutado, se determinarán los valores recibidos por el contratista, los pendientes de pago o los que deban deducirse o deba devolver por cualquier concepto, aplicando los reajustes correspondientes.

Podrá también procederse a las compensaciones a que hubiere lugar. La liquidación final será parte del acta de recepción definitiva. Los valores liquidados deberán pagarse dentro de los diez días siguientes a la liquidación; vencido el término causarán intereses legales y los daños y perjuicios que justificare la parte afectada”.

De las normas de los artículos 93 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se establece que la Ley ha previsto la terminación del contrato por mutuo acuerdo, mientras que el artículo 125 de su Reglamento General de Aplicación, ha dispuesto los parámetros que han de tenerse en cuenta para efectos de la liquidación del contrato, norma reglamentaria a la que también se remite la cláusula décima sexta, numeral 16.08 del contrato materia de consulta.

Del tenor del artículo 125 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se evidencia que esta norma parte del supuesto de que exista ejecución de obra y establece que en tal evento, al liquidarse un contrato, procede la aplicación de los reajustes correspondientes.

Como ha quedado establecido a lo largo del presente, en el caso materia de consulta, no ha existido ninguna ejecución de la obra materia del contrato y ni la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ni su Reglamento General, han previsto esta situación, por lo que en aplicación del principio de legalidad contenido en el artículo 226 de la Constitución de la República, que dispone que los servidores públicos ejercerán solamente las competencias y facultades que les atribuyen la Carta Constitucional y la Ley, en atención a su consulta, se concluye que el valor no devengado del anticipo que devuelve la contratista debe ser calculado sin aplicar la fórmula polinómica de reajuste de precios del contrato.

En cuanto a los intereses, el artículo 125 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Contratación Pública, prevé categóricamente que los valores liquidados deberán pagarse dentro de los diez días hábiles siguientes a la liquidación, luego de lo cual causarán el interés legal, por lo que vencido el referido término, procede el cobro de intereses por parte de la entidad contratante.

2. Respecto a esta consulta, en el memorando No. 072 de 29 de enero del 2012, el Procurador Síndico Municipal, concluye con el siguiente criterio:

“Que los valores liquidados deberán pagarse dentro de los diez días hábiles siguientes a la liquidación, y que vencido dicho término, causarán intereses legales”.

Del artículo 125 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública, citado al atender su primera consulta, se desprende que el interés se calcula sobre el valor liquidado, y no sobre el valor del anticipo no devengado, que es uno de los rubros que debe constar en la liquidación, que el presente caso, coincide con el valor del anticipo no devengado.

Por lo expuesto y según quedó señalado en la primera consulta, de haber lugar al cobro de intereses, éstos se deben calcular sobre el valor liquidado una vez vencido el término del artículo 125 del Reglamento en mención.

3 y 4. En virtud de que su tercera y cuarta consultas versan sobre un mismo asunto, serán analizadas de manera conjunta.

El Procurador Síndico Municipal en el memorando No. 072 de 29 de enero del 2012, expresa como criterio: “Que no se debería reconocer a la contratista el valor correspondiente al contrato sin haber ejecutado los trabajos objeto del contrato”.

Conforme se señaló en los antecedentes del presente pronunciamiento, según se expresa en el numeral 8 del Informe No. 0213 de 16 de marzo del 2011, suscrito por el Director de Obras Públicas Municipal, “Con los datos de los puentes y los planos de diseño se procede a realizar la verificación y se comprueba que definitivamente ninguno de los puentes diseñados son para el día (sic) Ahuano y corresponden a los ríos Tetete y Tigre, tanto por las coordenadas, topografía y longitud del puente”, lo que determinó la imposibilidad de ejecutar el contrato y motivó que las partes acuerden la terminación anticipada y de mutuo acuerdo.

El artículo 125 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Contratación Pública, prevé los rubros que deben considerarse en la liquidación de un contrato, liquidación que debe practicarse en base de la tabla de precios unitarios prevista en el contrato, que constituye ley para las partes, según el artículo 1561 del Código Civil.

La cláusula 5.02 del “Contrato para la Construcción del Puente Ahuano Mixto en Hormigón y Estructura Metálica, Ubicado en la Parroquia Ávila Huiruno del Cantón Loreto” estipula lo siguiente:

“5.02.- Los precios acordados en el contrato por los trabajos especificados, constituirán la única compensación a la CONTRATISTA por todos sus costos, inclusive cualquier impuesto, derecho o tasa que tuviere que pagar”.

De la estipulación contractual antes citada, se evidencia que el contrato claramente previó que la única compensación al contratista, constituye el precio acordado en el mismo instrumento y expresamente señala que “todos sus costos, inclusive cualquier impuesto, derecho o tasa que tuviere que pagar”. En consecuencia, conforme el artículo 1561 del Código Civil y la cláusula contractual 5.02, el precio constituye la única compensación a favor del contratista, por lo que en base a tales disposiciones, las partes deberán establecer los valores en la liquidación, que correspondan al contratista o a la entidad contratante, sin que sea procedente reconocer a favor de la contratista, costo financiero o el valor cancelado en las aseguradoras por la obtención y renovaciones de las garantías presentadas al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Loreto, por prohibición expresa de la cláusula 5.02 del contrato que motiva su consulta.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas y por lo tanto este Organismo no se pronuncia respecto al procedimiento de terminación del contrato que motiva su consulta.

Corresponde a la Auditoría Interna de la entidad a su cargo así como a la Contraloría General del Estado determinar las eventuales responsabilidades de los funcionarios y servidores por las acciones u omisiones en el caso que motiva su consulta.

OF. PGE. N°: 07561, de 27-04-2012

REGISTRO DE LA PROPIEDAD: COMPETENCIA PARA RECAUDACIÓN, MANEJO Y DESTINO DE ARANCELES POR SERVICIOS REGISTRALES

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN BALAO

CONSULTA:

“¿Cuál sería el procedimiento para la recaudación, manejo y destino de los aranceles por los servicios registrales, y a quién le corresponde realizarlos?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 265.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 142, 172, 342, 344 y 566.

Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos Arts. 13, 19, 33, 35 y Disp. Trans. Tercera.

PRONUNCIAMIENTO:

Atenta la materia de la consulta, mediante oficio No. 06575 de 23 de febrero de 2012, este Organismo solicitó el criterio institucional de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos; pedido que fue atendido mediante oficio No. 000219-DN-DINARDAP-2012 de 2 de marzo de 2012, recibido el 5 de marzo del presente año.

El criterio del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, contenido en oficio No. 006-PSM-2012 de 19 de enero del 2012 cita entre otras normas el artículo 142 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) y el artículo 35 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, que disponen que la administración de los Registros de la Propiedad de cada cantón corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales; y que, con respecto al financiamiento de los Registros, disponen que se realizará mediante el cobro de los aranceles por los servicios de registro y el remanente pasará a formar parte de los presupuestos de los municipios.

El citado informe manifiesta que “el registro de la propiedad, presta un servicio público a la colectividad del cantón”, e invoca los artículos 342 y 344 del COOTAD que prevén que las municipalidades podrán aplicar las tasas retributivas de servicios públicos.

Añade que “... el servicio público registral, tiende a dar una seguridad de los actos y contratos jurídicos que por Ley se deben inscribir; y a cambio del mismo, el gobierno autónomo descentralizado municipal, mediante un acto normativo crea una tasa retributiva para financiar el servicio que se presta, llamado también aranceles o tarifas...”

Sobre dicha base, el informe jurídico del Procurador Síndico concluye que: “Una vez que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Balao, asumió el ejercicio de la competencia del Registro de la Propiedad, le corresponde administrarlo de manera concurrente con el Gobierno Central, a través de la Dirección Nacional de Datos Públicos, la que impartirá resoluciones y normas necesarias para la organización y funcionamiento del sistema, y vigilar y controlar la correcta administración de la actividad registral; pero las tarifas o tasas, le compete recaudarlas al Tesorero Municipal, el que deberá llevar esos ingresos en cuentas separadas, para efectos del cumplimiento de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos.”

Por su parte, el Director Nacional de Registro de Datos Públicos, en oficio No. 000219-DN-DINARDAP-2012 de 2 de marzo de 2012, cita los artículos 33 y 35 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos y manifiesta que: “En principio, los aranceles están destinados al financiamiento de los registros de la propiedad; es decir a cubrir sus costos y gastos de operación, como es el caso de los servicios básicos de agua, luz, teléfono y acceso a la red de Internet; salarios del personal y registrador; materiales de oficina; equipos y mantenimiento; amortización de muebles e inmuebles; modernización de los servicios registrales; inversiones de capital para asegurar la interoperabilidad con el Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos”.

Añade el Director Nacional de Registro de Datos Públicos que, “solamente cuando el destino principal ha sido ciento por ciento satisfecho, y de los aranceles cobrados quede un sobrante o remanente, entonces tal remanente pasará a formar parte de los presupuestos de los respectivos municipios.”

Con respecto al manejo de los aranceles, expone que: “Si los registros de la propiedad son quienes deben cobrar los aranceles, son ellos quienes deben manejar esos mismos aranceles, para asegurar el debido financiamiento de los registros”, y agrega: “...una vez determinados los remanentes y transferidos a los presupuestos municipales, el manejo de esos remanentes corresponderá a la municipalidad respectiva.”

Añade que es competencia de la administración municipal “la fijación de los aranceles o precios que deban ser cobrados por los servicios a ser prestados por los registros a su cargo”; y, en cuanto a la naturaleza jurídica de los aranceles, agrega el Director Nacional de Registro de Datos Públicos que a su criterio los aranceles se refieren a “precios” y no a “tasas”.

Al efecto, argumenta que “las tasas son meramente retributivas, es decir que tienen que ser igual al costo del bien o la prestación del servicio, sin que sea posible incluir en ellas beneficios o utilidades adicionales, no cabe que los “aranceles” a que se refiere la Ley del SINARDAP puedan ser considerados como tasas, ya que en ese caso jamás se podrían generar y entregar a las municipalidades excedentes operacionales. La única figura jurídica que permite tales entregas es el manejo de precios, los cuales sí pueden estar por encima de los costos”; y, cita los artículos 172 y 566 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que establecen que las tasas constituyen ingresos propios de las municipalidades.

Sobre dicha base concluye que: “tomando en cuenta que las tasas fijadas por los municipios son ingresos propios suyos, no es posible que los aranceles se manejen como tasas, pues en tal caso sería imposible que los registros de la propiedad perciban tales aranceles, lo que, a su vez, haría imposible la entrega de remanentes de que trata el Art. 35 de la Ley del SINARDAP”.

El contenido de la consulta exige considerar como antecedente que, el artículo 265 de la Constitución de la República, establece que el sistema público de registro de la propiedad será administrado de manera concurrente entre la Función Ejecutiva y las municipalidades.

Con respecto al ejercicio de la competencia de registro de la propiedad, el artículo 142 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) dispone que: “La administración de los registros de la propiedad de cada cantón corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales.” La misma norma agrega que: “El sistema público nacional de registro de la propiedad corresponde al gobierno central, y su administración se ejercerá de manera concurrente con los gobiernos autónomos descentralizados municipales de acuerdo con lo que disponga la ley que organice este registro. Los parámetros y tarifas de los servicios se fijarán por parte de los respectivos gobiernos municipales.”

En concordancia, el primer inciso del artículo 19 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, dispone que: “De conformidad con la Constitución de la República, el Registro de la Propiedad será administrado conjuntamente entre las municipalidades y la Función Ejecutiva a través de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos. Por lo tanto, el Municipio de cada cantón o Distrito Metropolitano se encargará de la estructuración administrativa del registro y su coordinación con el catastro. La Dirección Nacional dictará las normas que regularán su funcionamiento a nivel nacional...”

En forma concordante, la Disposición Transitoria Tercera de la misma Ley, estableció que en el plazo de 365 días contados desde la promulgación de esa Ley, las Municipalidades y la Dirección Nacional del Registro de Datos Públicos, deberán ejecutar los concursos de merecimientos y oposición para el nombramiento de los nuevos registradores de la propiedad, organizar la infraestructura física y tecnológica de las oficinas en las que funcionará el nuevo Registro de la Propiedad y su respectivo traspaso.

El segundo inciso del artículo 13 de la citada Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos dispone que: “Los Registros son dependencias públicas,

desconcentrados, con autonomía registral y administrativa en los términos de la presente ley, y sujetos al control, auditoría y vigilancia de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos en lo relativo al cumplimiento de políticas, resoluciones y disposiciones para la interconexión e interoperabilidad de bases de datos y de información pública, conforme se determine en el Reglamento que expida la Dirección Nacional.”.

En cuanto se refiere al pago de aranceles por los “servicios de registro”, el segundo inciso del artículo 33 de la citada Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, prescribe que: “En el caso del registro de la propiedad de inmuebles será el municipio de cada cantón el que con base en el respectivo estudio técnico financiero, establecerá anualmente la tabla de aranceles por los servicios de registro y certificación que preste.”

Con respecto a las competencias concurrentes que en materia de Registro de la Propiedad establece el artículo 142 del COOTAD, al desechar la acción de inconstitucionalidad de esa norma, la Corte Constitucional, en sentencia No. 003-11-SIN-CC de 21 de junio de 2011, expresó:

“La Constitución de la República, en el artículo 265, habla de concurrencia en cuanto a la administración del sistema público de registro de la propiedad; por tanto, se requiere hacer una diferenciación entre dos actividades que pueden parecer muy próximas, pero que tienen distinta connotación; así, la administración del sistema de registros de la propiedad y la administración de los registros de la propiedad en cada cantón.”

De las normas hasta aquí citadas y de la sentencia de la Corte Constitucional se desprende que, de conformidad con el artículo 265 de la Constitución de la República y los artículos 142 del COOTAD y 19 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, la competencia concurrente entre el Ejecutivo y las Municipalidades está referida al sistema público del registro de la propiedad; mientras que, la administración del servicio público que presta el registro de la propiedad en cada cantón, corresponde a la respectiva municipalidad.

A la Función Ejecutiva a través de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos corresponde dictar las normas que regularán el funcionamiento de los Registros de la Propiedad a nivel nacional, en los términos del artículo 19 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos; y, ejercer el control, auditoría y vigilancia del cumplimiento de políticas, resoluciones y disposiciones para la interconexión e interoperabilidad de bases de datos y de información pú-

blica, de conformidad con el inciso segundo del artículo 13 de la citada Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos.

Mientras que, en ejercicio de la competencia de administración del registro de la propiedad del cantón, corresponde al respectivo Municipio establecer la estructura administrativa del registro y su coordinación con el catastro; designar al Registrador previo concurso de merecimientos, según el citado artículo 19 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos; y, determinar las tarifas de los aranceles por los servicios que preste el Registro de la Propiedad, según los artículos 33 de la citada Ley y 142 del COOTAD.

En virtud de que la administración del Registro de la Propiedad en el respectivo cantón, compete a la Municipalidad, se organizará como una unidad o dependencia de la estructura orgánica del Municipio, que actuará de forma descentralizada conforme lo dispone el artículo 142 del COOTAD, sin perjuicio de la autonomía registral que les confiere el citado artículo 13 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos.

Toda vez que el Director Nacional de Registro de Datos Públicos, en el oficio No. 000219 de 2 de marzo de 2012 ha argumentado que “los aranceles se refieren a “precios” y no a “tasas” es pertinente atender a la naturaleza del servicio que presta el Registro de la Propiedad y considerar los conceptos de tasa, tarifa y precio, en relación al servicio público.

Sobre esta materia, Marienhoff explica: “Con relación a lo que los usuarios deben pagar por los servicios públicos que les son prestados o con relación a lo que pueden percibir por tal prestación quienes la tienen a su cargo, suele hablarse de “tarifas”, “tasas” y “precio”... Es impropio hablar de “tarifas” como sinónimo de tasas o de precios, ya que, como bien se ha dicho, la tarifa no es otra cosa que una lista de los precios o de las tasas. Por eso es que los autores que se expresan con propiedad hablan de “precio o tasa del servicio fijado en una tarifa”.

En el mismo sentido, Cabanellas, define a la “tarifa” como una “Lista o catálogo de precios, derechos o impuestos que han de pagarse por determinados objetos, mercaderías, trabajos o servicios”.

En cuanto se refiere a la naturaleza de los aranceles que de conformidad con el artículo 33 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, generan los servicios de registro que presta el Registro de la Propiedad, y que deben ser determinados por la respectiva Municipalidad según el artículo 142 del COOTAD, en pronunciamiento contenido en oficio No. 5788 de 6 de enero

de 2012 concluí que: "...el Registro de la Propiedad presta servicios de registro de los títulos y actos sujetos a registro de conformidad con la Ley, entre ellos, las prendas e hipotecas, según la letra c) del artículo 25 de la Ley de Registro; y, el usuario del servicio de registro, está sujeto al pago del arancel, de conformidad con el artículo 33 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos. En consecuencia, dicho arancel o tarifa, por ser la retribución del servicio público de registro, constituye una tasa."

Atenta la naturaleza tributaria del arancel por los servicios de registro que presta el Registro de la Propiedad, corresponde a la municipalidad fijar su valor, según los artículos 142 del COOTAD y 33 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, lo que deberá efectuar mediante Ordenanza, según los artículos 186 y 566 del citado COOTAD.

Para efectos de determinar el valor del arancel por los servicios de registro, el segundo inciso del artículo 33 de la citada Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, que prevé que la municipalidad efectúe "el respectivo estudio técnico financiero" que le permita establecer anualmente la tabla de aranceles por los servicios de registro y certificación que preste.

El destino de los aranceles del Registro de la Propiedad, está determinado en forma expresa por el artículo 35 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, que dispone:

"Art. 35.- Destino de los aranceles que cobran los Registros de la Propiedad Inmueble, Mercantil, y las demás entidades que conforman el Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos.- Los Registros de la Propiedad Inmuebles y Mercantil se financiarán con el cobro de los aranceles por los servicios de registro, y el remanente pasará a formar parte de los presupuestos de los respectivos municipios, y de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, en su orden. Los aranceles que cobren las demás entidades públicas y privadas por la administración de sus bases de datos públicos, se mantendrán como parte de sus respectivos presupuestos...".

Nótese que la norma establece que los aranceles financiarán el funcionamiento de los Registros; y, en cuanto a los excedentes distingue dos casos: los excedentes de los aranceles provenientes de los servicios que preste el Registro de la Propiedad, "pasará a formar parte de los presupuestos de los respectivos municipios"; mientras que los excedentes de los aranceles que perciban los Registros Mercantiles, se destinan a la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos.

Toda vez que los aranceles son tasas destinadas por el artículo 33 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos al funcionamiento del Registro de la Propiedad, dichos aranceles deberán ser recaudados en la forma que prevé el artículo 342 del COOTAD por la unidad financiera de la Municipalidad, pudiéndose recurrir conforme dicha norma, a mecanismos de delegación para la recaudación.

De haber excedentes de los aranceles, se aplicará la disposición del artículo 35 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, que establece que dichos excedentes pasarán a formar parte del presupuesto del respectivo Municipio.

En atención a los términos de su consulta se concluye que la recaudación de los aranceles del Registro de la Propiedad corresponde a la unidad financiera de la Municipalidad, de conformidad con el artículo 342 del COOTAD, siendo jurídicamente procedente que dicha competencia se delegue a fin de que sea el propio Registro de la Propiedad, como dependencia desconcentrada del Municipio, quien efectúe la recaudación de los aranceles por los servicios que presta, conforme prevé el citado artículo 342 del COOTAD.

De haber remanente proveniente del cobro de los aranceles, pasará a formar parte del presupuesto del Municipio, según la expresa disposición del citado artículo 35 de la citada Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos.

OF. PGE. N°: 07450, de 19-04-2012

REGISTRO DE LA PROPIEDAD: EXONERACIÓN DEL PAGO DE INSCRIPCIONES A PERSONAS DE LA TERCERA EDAD

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN RIOBAMBA

CONSULTA:

“¿Debe el Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Riobamba, exonerar el 50% del pago de inscripciones en el Registro de la Propiedad, a las personas de la tercera edad?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 35, 37 y 265.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 55 lit. e), 57 lit. c), 142, 186, 566 y 591.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Art. 94.

Código Tributario Art. 3.

Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos Arts. 19 y 33.

Ley del Anciano Arts. 1, 14 y 15.

PRONUNCIAMIENTO:

Atenta la materia de la consulta, mediante oficio No. 06685 de 29 de febrero de 2012, este Organismo solicitó al Director Nacional de Registro de Datos Públicos, el criterio institucional de esa Dirección con respecto al tema, habiéndose recibido la respuesta contenida en oficio No. 000265-DN-DINARDAP-2012 de 14 de marzo de 2012, ingresado a esta Procuraduría en la misma fecha.

El informe del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, contenido en oficio No. 2012-0019-DAJ de 20 de enero de 2012, cita entre otras normas los artículos 14 y 15 de la Ley del Anciano, que establecen exoneraciones tributarias en beneficio de las personas mayores de sesenta y cinco años de edad. Sobre dicha base, el informe concluye que:

“... no existe Reglamento y/o (sic) Ordenanza que indique el porcentaje a exonerar a las personas de la tercera edad, en inscripciones al Registro de la Propiedad, la Ley del Anciano indica que se exonere el 50% en toda clase de impuestos fiscales, provinciales y municipales, así como también en los servicios médicos privados, cuyo cumplimiento supervisará el Ministerio de Salud Pública...”

Agrega el informe del Procurador Síndico que: “Nuestro Criterio es que se exonere también el 50% en inscripciones al Registro de la Propiedad ya que la Ley del Anciano contempla la exoneración en la mayoría de aspectos para su desarrollo social, cultural, en salud, etc., y esta exoneración no contempla la Ley del Anciano, ni Ordenanza o Resolución Municipal, pero la Constitución del Estado dispone dicha exoneración, por lo que consideramos que también es importante y de ayuda prioritaria para el adulto mayor, se exonere de la misma manera en inscripciones al Registro de la Propiedad.”

Por su parte, el Director Nacional de Registro de Datos Públicos, en el oficio No. 000265-DN-DINARDAP-2012 de 14 de marzo de 2012 al que antes se hizo referencia, cita el artículo 37 de la Constitución de la República que entre los derechos que el Estado garantiza a las personas adultas mayores, incluye “5. Exen-

ciones en el régimen tributario.”; “6. Exoneración del pago por costos notariales y registrales, de acuerdo con la ley”.

Agrega el Director Nacional de Registro de Datos Públicos que, “no aplica a este caso”, la exoneración del pago de impuestos que establece el artículo 14 de la Ley del Anciano; y, finalmente cita el artículo 33 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos que confiere a la Municipalidad de cada cantón, competencia para establecer anualmente la tabla de aranceles del Registro de la Propiedad.

El contenido de la consulta exige considerar como antecedente que el artículo 265 de la Constitución de la República, establece que el sistema público de registro de la propiedad será administrado de manera concurrente entre la Función Ejecutiva y las municipalidades.

Con respecto al ejercicio de la competencia de registro de la propiedad, el artículo 142 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) dispone que: “La administración de los registros de la propiedad de cada cantón corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales.” La misma norma agrega que: “El sistema público nacional de registro de la propiedad corresponde al gobierno central, y su administración se ejercerá de manera concurrente con los gobiernos autónomos descentralizados municipales de acuerdo con lo que disponga la ley que organice este registro. Los parámetros y tarifas de los servicios se fijarán por parte de los respectivos gobiernos municipales.”

En concordancia, el primer inciso del artículo 19 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, dispone que: “De conformidad con la Constitución de la República, el Registro de la Propiedad será administrado conjuntamente entre las municipalidades y la Función Ejecutiva a través de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos. Por lo tanto, el Municipio de cada cantón o Distrito Metropolitano se encargará de la estructuración administrativa del registro y su coordinación con el catastro. La Dirección Nacional dictará las normas que regularán su funcionamiento a nivel nacional...”

En forma concordante, la Disposición Transitoria Tercera de la misma Ley, previó el traspaso a las municipalidades, de las competencias relacionadas con el registro de la propiedad.

En cuanto se refiere al pago de aranceles por los “servicios de registro”, el segundo inciso del artículo 33 de la citada Ley del Sistema Nacional de Registro de

Datos Públicos, prescribe que: “En el caso del registro de la propiedad de inmuebles será el municipio de cada cantón el que con base en el respectivo estudio técnico financiero, establecerá anualmente la tabla de aranceles por los servicios de registro y certificación que preste.”

Con respecto a las competencias concurrentes que en materia de Registro de la Propiedad establece el artículo 142 del COOTAD, al desechar la acción de inconstitucionalidad de esa norma, la Corte Constitucional, en sentencia No. 003-11-SIN-CC de 21 de junio de 2011, expresó:

“La Constitución de la República, en el artículo 265, habla de concurrencia en cuanto a la administración del sistema público de registro de la propiedad; por tanto, se requiere hacer una diferenciación entre dos actividades que pueden parecer muy próximas, pero que tienen distinta connotación; así, la administración del sistema de registros de la propiedad y la administración de los registros de la propiedad en cada cantón.”

De las normas hasta aquí citadas y de la sentencia de la Corte Constitucional se desprende que, de conformidad con el artículo 265 de la Constitución de la República y los artículos 142 del COOTAD y 19 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, la competencia concurrente entre el Ejecutivo y las Municipalidades está referida al sistema público del registro de la propiedad; mientras que, la administración del servicio público que presta el registro de la propiedad en cada cantón, corresponde a la respectiva municipalidad.

En cuanto se refiere a los derechos de las personas de la tercera edad, el artículo 35 de la Constitución de la República, ubicado en el Título II “DERECHOS”, Capítulo Tercero “Derechos de las Personas y grupos de atención prioritaria”, dispone: “Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de la libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado...”.

En el caso de los adultos mayores, el artículo 37 de la Constitución de la República les garantiza, entre otros, los siguientes derechos: “5. Exenciones en el régimen tributario. 6. Exoneración del pago por costos notariales y registrales, de acuerdo con la ley...”

De conformidad con el artículo 36 de la Constitución de la República, se consideran personas adultas mayores aquellas que hayan cumplido los sesenta y cinco años de edad.

Por su parte, el artículo 1 de la Ley del Anciano, dispone que: “Son beneficiarios de esta Ley las personas naturales que hayan cumplido sesenta y cinco años de edad, sean éstas nacionales o extranjeras que se encuentren legalmente establecidas en el país. Para acceder a las exoneraciones o rebajas en los servicios públicos o privados estipulados en esta Ley, justificarán su condición únicamente con la cédula de identidad y ciudadanía o con el documento legal que les acredite a los extranjeros.”

Los artículos 14 y 15 de la citada Ley del Anciano, a las que se refiere el informe del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, disponen en su orden:

“Art. 14.- Toda persona mayor de sesenta y cinco años de edad y con ingresos mensuales estimados en un máximo de cinco remuneraciones básicas unificadas o que tuviera un patrimonio que no exceda de quinientas remuneraciones básicas unificadas, estará exonerada del pago de toda clase de impuestos fiscales y municipales...”

“Art. 15.- Las personas mayores de 65 años, gozarán de la exoneración del 50% de las tarifas de transporte aéreo, terrestre, marítimo y fluvial, y de las entradas a los espectáculos públicos, culturales, deportivos, artísticos y recreacionales.

Para obtener tal rebaja bastará presentar la cédula de identidad o de identidad y ciudadanía, o el carné de jubilado o pensionista del Seguro Social Ecuatoriano.

Se exonera el 50% del valor del consumo que causare el uso de los servicios de un medidor de energía eléctrica cuyo consumo mensual sea de hasta 120 Kw/hora; de un medidor de agua potable cuyo consumo mensual sea de hasta 20 metros cúbicos, el exceso de estos límites pagarán las tarifas normales y, el 50% de la tarifa básica residencial de un teléfono de propiedad del beneficiario en su domicilio. Todos los demás medidores o aparatos telefónicos que consten a nombre del beneficiario o su cónyuge o conviviente, pagarán la tarifa normal.

Para tal rebaja, bastará presentar la cédula de identidad o de identidad y ciudadanía, o el carné de jubilado y pensionista del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, datos que deberán ser debidamente verificados por las empresas que prestan estos servicios.

En caso de negativa, la empresa deberá informar al peticionario, por escrito y en forma motivada, los fundamentos de su resolución...”.

Del tenor de los citados artículos 14 y 15 de la Ley del Anciano se desprende que dichas normas establecen en beneficio de los adultos mayores, una exención tri-

butaria aplicable a los impuestos y exoneración en el pago de tarifas de transporte y espectáculos públicos de carácter cultural, deportivo, artístico y recreacional, así como rebaja en los servicios públicos de energía eléctrica, agua potable y servicio telefónico.

Para el análisis de la materia sobre la que trata la consulta, es pertinente examinar cuál es la naturaleza jurídica de los aranceles que se pagan por los servicios que presta el Registro de la Propiedad, considerando como antecedente que, los tributos se clasifican en impuestos, tasas y contribuciones, de conformidad con el artículo 1 del Código Tributario; y, que, según el artículo 3 *ibídem*: “Sólo por acto legislativo de órgano competente se podrán establecer, modificar o extinguir tributos”.

El segundo inciso del citado artículo 33 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, antes citado, confiere al municipio de cada cantón, atribución para establecer anualmente la tabla de aranceles por los servicios de registro y certificación que preste, sobre la base de un estudio técnico financiero.

Sobre la naturaleza de los aranceles del Registro de la Propiedad, en pronunciamiento contenido en oficio No. 5788 de 6 de enero de 2012 concluí que:

“...el Registro de la Propiedad presta servicios de registro de los títulos y actos sujetos a registro de conformidad con la Ley, entre ellos, las prendas e hipotecas, según la letra c) del artículo 25 de la Ley de Registro; y, el usuario del servicio de registro, está sujeto al pago del arancel, de conformidad con el artículo 33 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos. En consecuencia, dicho arancel o tarifa, por ser la retribución del servicio público de registro, constituye una tasa.”

Por tanto, siendo el arancel una tasa retributiva del servicio público que presta el Registro de la Propiedad, su valor, precio o tarifa se debe fijar por la respectiva municipalidad mediante Ordenanza, sobre la base del estudio técnico financiero que prevé el artículo 33 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos.

La exoneración tributaria o exención, según el artículo 31 del Código Tributario, “es la exclusión o la dispensa legal de la obligación tributaria, establecida por razones de orden público, económico o social”, y según el citado artículo 3 *ibídem*, la exoneración tributaria solo puede ser establecida por acto legislativo de órgano competente.

Si el arancel es una tasa, no le es aplicable la exención que establece el artículo 14 de la Ley del Anciano, referida exclusivamente a impuestos; y, tampoco le son aplicables las exoneraciones establecidas por el artículo 15 de la Ley del Anciano, por estar referidas exclusivamente a los servicios de transporte, energía eléctrica, provisión de agua potable y servicio telefónico.

Con respecto a las exoneraciones aplicables a las tasas que determinan los GADs municipales, es pertinente considerar que la letra e) del artículo 55 del COOTAD, asigna al Concejo cantonal atribución para "...e) Crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanzas, tasas, tarifas y contribuciones especiales de mejoras". Idéntica previsión consta en los artículos 57 letra c) y 186 del COOTAD; y, el artículo 591 del citado Código prescribe en forma adicional que: "Las exenciones establecidas por el órgano normativo competente serán de cargo de las municipalidades o distritos metropolitanos respectivos".

Por su parte, el artículo 94 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, define como "gasto tributario": "los recursos que el Estado, en todos los niveles de gobierno, deja de percibir debido a la deducción, exención, entre otros mecanismos, de tributos directos o indirectos establecidos en la normativa correspondiente". Agrega la misma norma, con respecto al gasto tributario de los gobiernos autónomos descentralizados que: "la unidad encargada de la administración tributaria de cada gobierno autónomo, lo cuantificará y anexará a la proforma presupuestaria correspondiente".

De las normas hasta aquí citadas se desprende que, el artículo 35 de la Constitución de la República establece grupos de atención prioritaria y dentro de ellos, el artículo 37 *ibidem* incluye a los adultos mayores, esto es a las personas mayores de 65 años de edad, quienes tienen derecho a la "exoneración en el pago por costos notariales y registrales", de conformidad con el numeral 6 del citado artículo 37 de la Constitución de la República; y, que las exenciones se deben establecer por acto legislativo de órgano competente, de conformidad con el artículo 3 del Código Tributario.

Atento el carácter tributario de los aranceles, y la competencia de la municipalidad para determinarlos, según el artículo 33 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, a la propia municipalidad corresponde establecer la exención aplicable de conformidad con la atribución que les confieren a los concejos cantonales como órgano legislativo del GAD municipal, los artículos 55 letra e), 57 letra c), 186 y 566 del COOTAD, que prevén en forma concordante que dichos concejos están facultados para crear, modificar, exonerar o extinguir

tasas por los servicios de su competencia; y que, las exenciones o exoneraciones que se establezcan serán de cargo de la Municipalidad y deberán cuantificarse y anexarse en la proforma presupuestaria correspondiente, según el artículo 94 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, corresponde al concejo cantonal como órgano legislativo de la respectiva municipalidad, establecer en beneficio de los adultos mayores, la exoneración del costo del servicio de registro de la propiedad, mediante Ordenanza, en aplicación del numeral 6 del artículo 37 de la Constitución de la República y en ejercicio de las competencias que les asignan los artículos 55 letra e), 57 letra c), 186 y 566 del COOTAD y el artículo 33 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos.

Es de exclusiva responsabilidad del Gobierno Municipal, determinar los porcentajes de exoneración del costo registral y por tanto del gasto tributario que dicha exención produzca, de conformidad con los artículos 591 del COOTAD y 94 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

OF. PGE. N°: 03951, de 29-04-2012

REGISTRO DE LA PROPIEDAD: MODIFICACIÓN DE TABLA DE ARANCELES

ENTIDAD CONSULTANTE: GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO
DEL CANTÓN PATATE

CONSULTAS:

1. "Procede que el GAD Municipal de Patate, modifique la tabla de aranceles contenida en la ordenanza en mención antes del año".
2. "El GAD Municipal de Patate, puede bajar los valores de los Aranceles, que se viene cobrando hasta la actualidad".
3. "Es procedente que el Concejo, pueda presentar un análisis para calcular los aranceles, aparte del estudio técnico financiero, presentado por los funcionarios competentes".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 226, 238, 239, 265 y 240.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 57 lit. b) y 142.

Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos Arts. 19 y 33.

Ordenanza de Creación y Administración del Registro de la Propiedad del Cantón San Cristóbal de Patate Art. 4.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. En el informe No. 13-AJ-GMP de 16 de marzo del 2012 anexado a su consulta, el Procurador Síndico Municipal de Patate cita los artículos 226, 265 y 240 de la Constitución de la República, relacionados con el principio de legalidad al que están sujetas las instituciones, organismos, dependencias y los servidores públicos; a la administración del sistema público de registro de la propiedad entre el ejecutivo y las municipalidades; y, al ejercicio de las facultades legislativas de los gobiernos autónomos descentralizados en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales.

Menciona el Procurador Síndico, los artículos 142 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, y 19 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, relativos a la administración del Registro de la Propiedad entre las municipalidades y la Función Ejecutiva, a través de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos.

Invoca el Procurador Síndico, el artículo 33 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, que dispone a la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos para establecer anualmente mediante una tabla de aranceles, el valor de los servicios de registro y certificaciones; en tanto que al municipio de cada cantón, le corresponde establecer anualmente la tabla de aranceles por los servicios de registro y certificaciones que preste.

Concluye el Procurador Síndico manifestando que: “Por los preceptos legales anotados el Concejo del GAD Municipal de Patate, no puede modificar los aranceles del Registro de la Propiedad contenido en la ORDENANZA DE CREACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DEL CANTÓN SAN CRISTÓBAL DE PATATE. El GAD Municipal de Patate realizará la revisión de los aranceles del Registro de la Propiedad de Patate, anualmente en base al respectivo estudio técnico financiero”.

La Ordenanza de Creación y Administración del Registro de la Propiedad del Cantón San Cristóbal de Patate, cuya copia anexa a su consulta, en el artículo 4

establece que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de ese Cantón determinará los aranceles que regirán para el cobro de los servicios que preste el Registro de la Propiedad.

El artículo 238 de la Constitución de la República, prescribe que los gobiernos autónomos descentralizados municipales, entre otros, gozarán de autonomía política, administrativa y financiera. En este sentido se expresa además el artículo 53 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD.

El artículo 239 de la Constitución, establece que el régimen de los gobiernos autónomos descentralizados se regirá por la ley correspondiente, que establecerá un sistema nacional de competencias de carácter obligatorio y progresivo.

El artículo 142 del COOTAD, dispone que la administración de los registros de la propiedad de cada cantón corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales; y agrega que: “El sistema público nacional de registro de la propiedad corresponde al gobierno central, y su administración se ejercerá de manera concurrente con los gobiernos autónomos descentralizados municipales de acuerdo con lo que disponga la ley que organice este registro. Los parámetros y tarifas de los servicios se fijarán por parte de los respectivos gobiernos municipales”.

El inciso primero del artículo 19 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos establece que: “De conformidad con la Constitución de la República, el Registro de la Propiedad será administrado conjuntamente entre las municipalidades y la Función Ejecutiva a través de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos. Por tanto, el Municipio de cada cantón o Distrito Metropolitano se encargará de la estructuración administrativa del registro y su coordinación con el catastro. La Dirección Nacional dictará las normas que regularán su funcionamiento a nivel nacional”.

Respecto de los aranceles, el artículo 33 de la mencionada Ley dispone:

“La Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos establecerá anualmente el valor de los servicios de registro y certificaciones mediante un tabla de aranceles acorde a las cuantías de los actos a celebrarse, documentos de registro y jurisdicción territorial.

En el caso del registro de la propiedad de inmuebles será el municipio de cada cantón el que con base en el respectivo estudio técnico financiero, establecerá

anualmente la tabla de aranceles por los servicios de registro y certificación que preste”.

Conforme a las normas citadas, se desprende que el Sistema Público de Registro de la Propiedad es administrado concurrentemente entre el Ejecutivo y las municipalidades; en tanto que la competencia para administrar los Registro de la Propiedad corresponde a los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales, quienes deberán establecer anualmente la tabla de aranceles por los servicios de registro y certificaciones que presten.

Sobre esta materia, en pronunciamiento contenido en el oficio No. 7450 de 19 de abril del 2012 manifesté que: “Para efectos de determinar el valor del aranceles por los servicios de registro, el segundo inciso del artículo 33 de la citada Ley de Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, que prevé que la municipalidad efectúe ‘el respectivo estudio técnico financiero’ que permita establecer anualmente la tabla de aranceles por los servicios de registro y certificación que preste”.

Asimismo, en pronunciamiento contenido en el oficio No. 5788 de 6 de enero del 2012 expresé que: “En el caso del registro de la propiedad de inmuebles, el citado artículo 33 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos y el artículo 142 del COOTAD, confieren a la municipalidades atribución para establecer anualmente la tabla de aranceles por los servicios de registro y certificación”.

Por tanto, de conformidad con los artículos 142 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y 33 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, los cuales confieren atribuciones a los gobiernos autónomos descentralizados municipales para establecer anualmente la tabla de aranceles por los servicios de registro y certificaciones que presten, se concluye que el Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Patate puede modificar únicamente de manera anual la tabla de aranceles contemplada en la Ordenanza de Creación y Administración de Registro de la Propiedad de ese Cantón.

2. Al absolver la primera consulta, manifesté que en atención a lo dispuesto en los artículos 142 del COOTAD y 33 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, el Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Patate puede modificar únicamente en forma anual la tabla de aranceles por los servicios de registro y certificación que presten.

Sobre esta materia, el Director Nacional de Registro de Datos Públicos expidió la Resolución No. 003-DINARDAP-2011 de 8 de febrero de 2012, publicada en el Registro Oficial No. 392 de 24 de febrero de 2011, que en el artículo 1 dispuso lo siguiente:

“Prorrogar la vigencia de los aranceles que actualmente vienen cobrando lo registros de datos públicos que componen el Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos.

Los registros de la propiedad, estarán a lo que respecto a esta materia, sea resuelto por las respectivas municipalidades”.

En consecuencia, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 142 del COOTAD, 33 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos que quedaron citados en la primera consulta, y en la Resolución No. 003-DINARDAP-2011 expedida por el Director Nacional de Registro de Datos Públicos, se concluye que el Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Patate puede resolver anualmente subir o bajar los valores de los aranceles que viene cobrando en la actualidad, con base en el respectivo estudio técnico financiero, conforme lo dispone expresamente el artículo 33 de la citada Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos.

3. En su oficio No. 176-A-GMP de 27 de marzo del 2012 expone que con fecha 24 de febrero del 2012, el Registrador de la Propiedad y Director Financiero, del GAD Municipal de Patate presentaron el informe técnico financiero sobre la tabla de aranceles que debe regir al Registro de la Propiedad de ese cantón.

Asimismo hice referencia a la Ordenanza de Creación y Administración del Registro de la Propiedad del Cantón San Cristóbal de Patate, que en su artículo 4 atribuye al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de ese cantón, la facultad para determinar los aranceles que regirán para el cobro de los servicios que preste el Registro de la Propiedad.

El inciso segundo del artículo 142 del COOTAD dispone que los parámetros y tarifas de los servicios de registro de la propiedad “se fijarán por parte de los respectivos gobiernos municipales”.

Por su parte, el inciso segundo del artículo 33 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos dispone que, respecto de los aranceles del registro de la propiedad de inmuebles “será el municipio de cada cantón el que con base

en el respectivo estudio técnico financiero, establecerá anualmente la tabla de aranceles por los servicios de registro y certificación que preste”.

El artículo 57 del COOTAD establece que: “Al concejo municipal le corresponde:...b) Regular, mediante ordenanza, la aplicación de tributos previstos en la ley a su favor”.

Por tanto, en virtud de que el artículo 142 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, determina que los parámetros y tarifas de los servicios de registro se fijarán por parte de los respectivos gobiernos municipales; el artículo 33 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, dispone expresamente que será el Municipio de cada cantón el que con base en el respectivo estudio técnico financiero establezca anualmente la tabla de aranceles por los servicios de registro y certificación que presten los Registros de la Propiedad; y, el artículo 57 letra b) del citado Código Orgánico, confiere atribuciones al concejo municipal para regular mediante ordenanza la aplicación de tributos previstos en la ley a su favor, se concluye que es el Concejo del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Patate el órgano legislativo competente para analizar y resolver en última instancia, la forma de cálculo de los aranceles por los servicios de registro y certificación que preste el Registro de la Propiedad de ese Cantón.

OF. PGE. N°: 07953, de 29-05-2012

REGISTRO DE LA PROPIEDAD: RÉGIMEN LABORAL DEL PERSONAL

**ENTIDAD CONSULTANTE: GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO
MUNICIPAL DE CAÑAR**

CONSULTA:

1. “Considerando que nunca se ha suscrito contrato alguno con el personal de la Registraduría, que pasan a prestar sus servicios al GADICC, y que la Municipalidad está administrando el Registro de la Propiedad en forma directa, de tal manera que forma parte del Modelo de Gestión Municipal: ¿es o no procedente suscribir los contratos respectivos entre el personal de la Registraduría de la Propiedad y el GADICC, que permitan viabilizar la parte contractual, hasta que el

Ministerio de lo Laboral emita el acuerdo o resolución para el tratamiento de dicho personal?"

2. "¿Es procedente de acuerdo a la normativa vigente y al Modelo de gestión aplicado por el GADICC, que el registrador de la propiedad nombrado por el GADICC, sea el representante legal, sea el empleador de los trabajadores del registro, tengan su propio número patronal, su propio RUC, ser sujetos pasivos del Impuesto al Valor Agregado, ser receptores de tarifas o precios que cobren por sus servicios, ser ordenadores de gastos y gozar de una cuasi autonomía financiera?".

3. "Teniendo presente que el Art. 142 del COOTAD, confiere la administración de los registros de propiedad a las GADs cantonales, ¿Es correcta o no la organización administrativa bajo la cual viene operando el registro de la propiedad del Cantón Cañar, al ser parte del Modelo de Gestión del GADICC?".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 227, 237 num. 3 y 265.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 59, 60 lit. a), 142, 186, 267, 275, 276, 277, 286, 287, 342 y 566.

Ley Orgánica de Empresas Públicas Art. 10 y 11 num.13.

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

Ley del Sistema Nacional de Datos Públicos Arts. 13, 19, 33, 35 y Disp. Trans. Primera y Tercera.

Código Tributario Art. 135.

Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas Art. 7 num. 4.

Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado Art. 34

PRONUNCIAMIENTO:

1. El informe del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, contenido en oficio No. 650-GADICC-DJ-2011 de 28 de diciembre de 2011, cita entre otras normas, los artículos 265 de la Constitución de la República, 142 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) y 19 de la Ley del Sistema Nacional de Datos Públicos, que regulan el sistema público de registro de la propiedad y la administración de los registros en el ámbito cantonal, así como la Ordenanza Sustitutiva para la Organización, Administración y Funcionamiento del Registro de la Propiedad y Registro Mercantil, expedida por la Municipalidad del Cañar, cuyo artículo 5 dispone: "El Registro de la Propiedad y Registro Mercantil del Cantón Cañar como órgano adscrito al Gobierno Autónomo Descentralizado Intercultural del Cantón Cañar, GADICC, goza de autonomía administrativa y registral". Sobre dicha base normativa, el

Procurador Síndico concluye que: "...la modalidad de gestión ejecutada por el GADICC, está siendo operativa, a través de la ordenanza vigente".

A la consulta se ha acompañado copia certificada del oficio No. 058-REG. P Y MERCANTIL DE CAÑAR de 15 de diciembre de 2011, por el que el Registrador de la Propiedad y Mercantil del Cantón Cañar se ha dirigido al Alcalde de esa Municipalidad, manifestando en lo principal que la autonomía administrativa de los Registros determina que el Registrador sea su representante legal, así como empleador de sus trabajadores y ordenador de gastos.

En la misma comunicación el Registrador de la Propiedad argumenta que al haber creado el Registro de la Propiedad como un departamento municipal, "la Municipalidad ha procedido en franca contradicción" de la Constitución, la Ley del Sistema Nacional de Datos Públicos y las instrucciones emitidas por la DINARDAP, como consecuencia de lo cual "ha sido el mismo Alcalde quien en la práctica ha asumido la representación legal del Registro" para efectos de la contratación de funcionarios.

Añade el Registrador de la Propiedad del cantón Cañar que: "Por la aprobación de una ordenanza contraria a la ley... los ingresos por concepto de aranceles registrales están siendo recaudados directamente por la Municipalidad, como si se trataran de ingresos propios de la Municipalidad, lo que no corresponde, pues el servicio registral se presta por parte del Registro de la Propiedad y no por el Municipio, más aún, dichos ingresos no se tratan de ingresos propios de Municipio...".

El Director Nacional de Registro de Datos Públicos, en el oficio No. 000264-DN-DINARDAP-2012 de 14 de marzo de 2012, al que se hizo referencia en los antecedentes de este pronunciamiento, cita los artículos 13 y 35 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos que confieren a los registros "autonomía registral y administrativa" y financiamiento a través de la recaudación de aranceles; y, manifiesta que: "...no es procedente que el GADICC suscriba los contratos del personal ya que quien será el empleador de los trabajadores del Registro es el mismo Registro de la Propiedad".

Concluye el Director Nacional de Registro de Datos Públicos, expresando que: "...es procedente que el Registrador de la Propiedad nombrado por el GADICC sea el representante legal del Registro, y cumpla con las obligaciones de máxima autoridad de dicha Entidad Pública".

El criterio del Asesor Jurídico de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (AME) se ha remitido como adjunto al oficio No. 006-DE-2012 de 15 de marzo

del presente año suscrito por el Presidente de la AME; y, en relación con el tema materia de consulta, cita dos sentencias de la Corte Constitucional, que son las siguientes:

- a) Sentencia No. 002-11-SIN-CC de 21 de junio de 2011, en la que la Corte Constitucional desechó la demanda de inconstitucionalidad de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, examinando entre otros temas, la situación laboral de los trabajadores del Registro de la Propiedad; y,
- b) Sentencia No. 003-11-SIN-CC de 21 de junio de 2011, en la que se desechó la demanda de inconstitucionalidad del artículo 142 del COOTAD, respecto de la competencia concurrente que corresponde a la Función Ejecutiva y a las Municipalidades en cuanto a la administración del sistema público de registro de la propiedad.

En la sentencia citada en la letra b del párrafo que precede, la Corte Constitucional, manifiesta que: “La Constitución de la República, en el artículo 265, habla de concurrencia en cuanto a la administración del sistema público de registro de la propiedad; por tanto, se requiere hacer una diferenciación entre dos actividades que pueden parecer muy próximas, pero que tienen distinta connotación; así, la administración del sistema de registros de la propiedad y la administración de los registros de la propiedad en cada cantón...”. Concluye la Corte expresando que: “Dentro de aquel sistema se encuentran inmersos los diversos registros de la propiedad en el ámbito cantonal, cuya administración, conforme lo determina el artículo 142 del COOTAD, la ejercerán las municipalidades, sin que aquello comporte la realización de una competencia exclusiva de los municipios, puesto que las bases normativas deben estar a cargo de organismos del gobierno central, en la especie, la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos”.

Sobre la base de dichas sentencias de la Corte Constitucional, el Asesor Jurídico de la AME, concluye que: “e) El gobierno autónomo descentralizado municipal, de acuerdo con la Constitución y la ley, es titular de la competencia de ‘administración del registro de la propiedad’, por lo tanto, tiene toda la potestad para definir el modelo de gestión de la misma: administración directa, en mancomunidad o a través de una empresa pública. Tan sólo en estos dos últimos casos, el registro de la propiedad se constituye en una entidad distinta al gobierno autónomo descentralizado municipal que tendrá que asumir individualmente todas las obligaciones legales que esta situación demanda y, de manera especial aquellas de orden tributario y laboral”.

El Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, manifiesta que: “En vista que el GADICC, ha adoptado la modalidad de gestión de administración en forma directa del registro de la propiedad, el personal que laboraba en el Registro de la Propiedad y que ha sido incorporado al GADICC de conformidad a la Disposición Transitoria Primera de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, debe sujetarse a las normas de derecho público, concretamente si han estado laborando sin contrato alguno, deberá suscribirse dichos contratos, con el GADICC, ya que su suscripción irá incluso en beneficio del propio trabajador, ya que se dejará registrado el tiempo de servicio en la anterior Registraduría, servirán, como justificativos para efectos de registro de contrato, aportes al IESS, para los pagos mensuales, etc., transitoriamente mientras el Ministerio de lo Laboral dicte normas respecto al personal descrito, garantizando la estabilidad laboral, y los derechos establecidos en la Constitución, el COOTAD y la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos”.

Por su parte, el Director Nacional de Registro de Datos Públicos, en el oficio No. 000264-DN-DINARDAP-2012 de 14 de marzo de 2012, manifiesta que: “Toda vez que, acorde al artículo 13 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos (en adelante ley del SINARDAP), los Registros de la Propiedad gozan de autonomía registral y administrativa, y puesto que según el artículo 35 de la misma ley los registros se financian con el cobro que ellos deben realizar de los aranceles por los servicios registrales que prestan, son dichos registros, a través de su titular, el Registrador de la Propiedad, quienes tienen la obligación de suscribir los contratos del personal a su servicio, tal como lo dispone la Disposición Transitoria Primera de la Ley del SINARDAP. Por lo tanto, no es procedente que el GADICC suscriba los contratos del personal ya que quien será el empleador de los trabajadores del Registro es el mismo Registro de la Propiedad”.

El contenido de la consulta exige considerar el Título V de la Constitución de la República relacionado con la “Organización Territorial del Estado”, que en el Capítulo Cuarto establece un “Régimen de Competencias”, previéndose en el artículo 260 lo siguiente: “El ejercicio de las competencias exclusivas no excluirá el ejercicio concurrente de la gestión en la prestación de servicios públicos y actividades de colaboración y complementariedad entre los distintos niveles de gobierno”.

En cuanto se refiere al registro de la propiedad, el artículo 265 de la Constitución de la República establece que: “El sistema público de registro de la propiedad será administrado de manera concurrente entre la Función Ejecutiva y las municipalidades”.

El artículo 115 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) define a las competencias concurrentes como “aquellas cuya titularidad corresponde a varios niveles de gobierno en razón del sector o materia, por lo tanto deben gestionarse obligatoriamente de manera concurrente”.

Con respecto al ejercicio de la competencia de registro de la propiedad, el artículo 142 del (COOTAD) dispone:

“Art. 142.- Ejercicio de la competencia de registro de la propiedad.- La administración de los registros de la propiedad de cada cantón corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales.

El sistema público nacional de registro de la propiedad corresponde al gobierno central, y su administración se ejercerá de manera concurrente con los gobiernos autónomos descentralizados municipales de acuerdo con lo que disponga la ley que organice este registro. Los parámetros y tarifas de los servicios se fijarán por parte de los respectivos gobiernos municipales”.

En concordancia, el primer inciso del artículo 19 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, dispone que: “De conformidad con la Constitución de la República, el Registro de la Propiedad será administrado conjuntamente entre las municipalidades y la Función Ejecutiva a través de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos. Por lo tanto, el Municipio de cada cantón o Distrito Metropolitano se encargará de la estructuración administrativa del registro y su coordinación con el catastro. La Dirección Nacional dictará las normas que regularán su funcionamiento a nivel nacional...”.

El segundo inciso del artículo 33 de la citada Ley confiere al municipio de cada cantón, atribución para establecer anualmente la tabla de aranceles por los servicios de registro y certificación que preste el Registro de la Propiedad.

La Disposición Transitoria Tercera de la misma Ley, estableció que en el plazo de 365 días contados desde su promulgación, las Municipalidades y la Dirección Nacional del Registro de Datos Públicos, deberán ejecutar los concursos de merecimientos y oposición para el nombramiento de los nuevos registradores de la propiedad, organizar la infraestructura física y tecnológica de las oficinas en las que funcionará el nuevo Registro de la Propiedad y su respectivo traspaso.

El plazo establecido en la citada Transitoria, para que se efectúe el traspaso de los Registros de la Propiedad a las dependencias públicas, fue ampliado hasta el

29 de junio de 2011, mediante Resolución del Director Nacional de Registro de Datos Públicos, No. 10 publicada en el Registro Oficial No. 414 de 28 de marzo de 2011.

El inciso primero del artículo 13 de la Ley en análisis incluye a los Registros de la Propiedad, entre los diversos registros de datos públicos sujetos a esa Ley; el segundo inciso del artículo 13 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, dispone que: “Los Registros son dependencias públicas, desconcentrados, con autonomía registral y administrativa en los términos de la presente ley, y sujetos al control, auditoría y vigilancia de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos en lo relativo al cumplimiento de políticas, resoluciones y disposiciones para la interconexión e interoperabilidad de bases de datos y de información pública, conforme se determine en el Reglamento que expida la Dirección Nacional”.

De las normas hasta aquí citadas se desprende que, el Registro de la Propiedad constituye un sistema de alcance nacional que, para tales efectos, está administrado en forma concurrente entre el Ejecutivo (a través de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos) y las Municipalidades según el segundo inciso del artículo 142 del COOTAD y el primer inciso del artículo 19 de la citada Ley; y que, de conformidad con el segundo inciso del artículo 13 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, los registros son dependencias públicas desconcentradas.

Por tanto, los Registros de la Propiedad integran el sistema nacional de registro que se administra en forma concurrente entre el Ejecutivo y los GADs municipales, sujetándose en el ámbito cantonal a la administración de la respectiva Municipalidad. Dichos Registros de la Propiedad funcionarán como una dependencia desconcentrada de la estructura administrativa municipal, por así disponerlo expresamente el segundo inciso del artículo 13 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos.

A la Función Ejecutiva a través de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos corresponde dictar las normas que regularán el funcionamiento de los Registros de la Propiedad a nivel nacional, en los términos del artículo 19 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos; y, ejercer el control, auditoría y vigilancia del cumplimiento de políticas, resoluciones y disposiciones para la interconexión e interoperabilidad de bases de datos y de información pública, de conformidad con el inciso segundo del artículo 13 de la citada Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos.

Mientras que, en ejercicio de la competencia de administración del registro de la propiedad del cantón, corresponde al respectivo Municipio establecer la estructura administrativa del registro y su coordinación con el catastro, según el artículo 19 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos; designar al Registrador previo concurso de merecimientos, según la Disposición Transitoria Tercera de la misma Ley; y, determinar las tarifas de los aranceles por los servicios que preste el Registro de la Propiedad en el respectivo cantón, según los artículos 33 inciso segundo de la citada Ley y 142 inciso segundo del COOTAD.

Sobre idénticas consideraciones, en pronunciamiento contenido en oficio No. 07450 de 19 de abril de 2012, concluí que: “En virtud de que la administración del Registro de la Propiedad en el respectivo cantón, compete a la Municipalidad, se organizará como una unidad o dependencia de la estructura orgánica del Municipio, que actuará de forma desconcentrada” conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, sin perjuicio de la autonomía registral que le confiere la misma norma.

Considerando que el segundo inciso del artículo 13 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, dispone en forma expresa que los Registros son dependencias públicas desconcentradas, y que la competencia para determinar la estructura administrativa de los Registros de la Propiedad corresponde a la Municipalidad del respectivo cantón según los artículos 19 *ibídem* y 142 del COOTAD, se concluye que el Registro de la Propiedad debe operar como una dependencia desconcentrada del Municipio; en consecuencia, no es jurídicamente procedente que varios GADs municipales constituyan una sola mancomunidad para administrar en forma conjunta los Registros de la Propiedad de varios cantones, en virtud de que la mancomunidad es una persona jurídica distinta de cada Municipio, según el artículo 286 del COOTAD y está sujeta a plazo según prevé el numeral 2 del artículo 287 *ibídem*.

En el caso específico del Registro de la Propiedad del cantón Cañar, la Municipalidad de ese cantón, ha organizado la estructura del Registro mediante la Ordenanza sustitutiva para la Organización, Administración y Funcionamiento del Registro de la Propiedad y Registro Mercantil del Cantón Cañar, cuyo artículo 5 antes transcrito creó el Registro de la Propiedad y Registro Mercantil del Cantón Cañar como órgano adscrito al Gobierno Autónomo Descentralizado Intercultural del Cantón Cañar, GADICC.

Sobre la naturaleza jurídica de los órganos administrativos, Sayagués Lasso expresa: “Los órganos integran, pues, la persona jurídica; forman parte de ella.

No pueden considerarse, a su vez, como sujetos de derecho, con personalidad jurídica distinta de la persona a que pertenecen. La doctrina es unánime al respecto”.

En el mismo sentido, Gordillo citando a Marienhoff, manifiesta: “El órgano, precisamente por ser un medio para imputar una actuación o una voluntad al ente del cual forma parte, no constituye una persona diferenciada del mismo, sino que se confunde como parte integrante de él: no tiene, pues, derechos o deberes diferenciados de los derechos o deberes del ente del cual se desprende; su voluntad no es diferenciable de la voluntad de la organización a la cual pertenece, precisamente porque la voluntad a través de él expresada es en esa medida la voluntad de la organización”.

Respecto de la desconcentración, Manuel María Diez en su obra “Derecho administrativo” manifiesta que “Dentro de la misma persona jurídica, el reparto de la competencia entre sus órganos admite distintas modalidades, una de las cuales es precisamente la desconcentración. La desconcentración supone entonces un reparto de competencias entre órganos de una misma persona jurídica...hace referencia a una modalidad de distribución de funciones a favor de órganos de la misma persona jurídica...la desconcentración supone una relación entre órganos de la misma persona jurídica”.

Para Sayagués Lasso “El traspaso de poderes debe tener origen legal. Sólo puede hablarse de desconcentración cuando la ley establece la competencia propia del órgano. De ahí que el jerarca no pueda afectar ni suprimir los poderes propios del órgano desconcentrado, los cuales derivan de la Ley”.

En el mismo sentido, Gordillo explica que la competencia es desconcentrada “cuando se ha atribuido porciones de competencia a órganos inferiores, pero siempre dentro de la misma organización o del mismo ente estatal al que nos referimos”. Añade que, “La descentralización y la desconcentración operan a través de actos normativos generales y abstractos, que crean competencias estables y definidas y las atribuyen en forma determinada a ciertos órganos que serán los titulares de la función respectiva y, por ende, los responsables de su ejercicio”.

La desconcentración es uno de los principios que rige la administración pública según el artículo 227 de la Constitución de la República.

El artículo 34 del Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado, define a la desconcentración administrativa como “el proceso mediante el cual las instancias superiores de un ente u organismo público transfieren el ejercicio

de una o más de sus facultades a otras instancias que forman parte del mismo ente u organismo...”.

De las normas y la doctrina citada se desprende que la desconcentración es un mecanismo por el que el ordenamiento jurídico asigna competencia a un determinado órgano inferior que integra la estructura administrativa de un ente o sujeto de derecho público. Dicho órgano desconcentrado, asume la competencia en forma directa, es decir que sus atribuciones se derivan de la ley y por tanto es responsable de su ejercicio. La desconcentración implica gestión directa de la actividad o servicio, por parte de la entidad a la que ha sido asignada la competencia por el ordenamiento jurídico.

En el ámbito de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, el artículo 276 del COOTAD, define a la “Gestión institucional directa” como “la que realiza cada gobierno autónomo descentralizado a través de su propia institución, mediante la unidad o dependencia prevista en la estructura orgánica que el órgano de gobierno cree para tal propósito”.

Del análisis que precede se concluye que, la administración del Registro de la Propiedad en el respectivo cantón compete a la Municipalidad, a la que corresponde organizar el Registro como una dependencia desconcentrada de la misma estructura administrativa municipal según los artículos 142 del COOTAD, 13 y 19 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos. En consecuencia, el Registro de la Propiedad es una dependencia desconcentrada de la estructura administrativa de la persona jurídica Municipio, sin perjuicio de la autonomía registral y administrativa que, exclusivamente para el ejercicio de sus funciones registrales, le confiere el citado artículo 13 de dicha Ley.

La representación legal del Municipio y sus dependencias desconcentradas, entre ellas, el Registro de la Propiedad, corresponde al Alcalde conforme a los artículos 59 y 60 letra a) del COOTAD.

Por otra parte, es pertinente considerar que, el artículo 275 del COOTAD, establece las diversas “modalidades de gestión” a las que pueden recurrir los gobiernos autónomos descentralizados para prestar los servicios y ejecutar las obras que son de su competencia.

El artículo 277 del COOTAD, ubicado en la Sección Primera “Gestión Directa”, Capítulo I “Modalidades de Gestión”, del Título VII “Modalidades de Gestión, Planificación, Coordinación y Participación” de ese Código Orgánico, dispone:

“Artículo 277.- Creación de empresas públicas.- 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.

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.

La administración cautelará la eficiencia, eficacia y economía, evitando altos gastos administrativos a fin de que la sociedad reciba servicios de calidad a un costo justo y razonable”.

De conformidad con el artículo 267 *ibídem*, los presupuestos de las empresas públicas de los GADS “se presentarán como anexos en el presupuesto general del respectivo gobierno”.

De las normas citadas se desprende que, la creación de empresas públicas constituye una modalidad de gestión directa a la que pueden recurrir las municipalidades, según los artículos 275 y 277 del COOTAD, para la prestación de los servicios de su competencia.

El COOTAD fue promulgado con posterioridad a la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, y por su carácter de orgánico, prevalece respecto de dicha Ley, según el orden jerárquico de aplicación de las normas establecido por el artículo 425 de la Constitución de la República.

Considerando que de conformidad con el primer inciso del artículo 142 del COOTAD, la administración de los registros de la propiedad de cada cantón corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales; y, que, el primer inciso del artículo 19 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, les asigna a las Municipalidades atribución para determinar la estructuración administrativa del registro, se concluye que, para prestar el servicio de Registro de la Propiedad, las Municipalidades podrían optar por la creación de una empresa pública, si aquello resulta más conveniente para la prestación del servicio, en tanto aquello constituye un modelo de gestión directa de ese servicio, en los términos del artículo 277 del COOTAD.

En tal evento, tanto la representación legal de la empresa pública como la calidad de autoridad nominadora del personal, corresponderá al Gerente General, de conformidad con los artículos 10 y 11 numeral 13 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

En relación al personal de los Registros de la Propiedad, la Disposición Transitoria Primera de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, establece que: “El personal que actualmente trabaja en los registros de la propiedad y mercantil, continuará prestando sus servicios en las dependencias públicas creadas en su lugar, por lo que dicho cambio no conlleva despido intempestivo. En los casos de renuncia voluntaria o despido, los Registradores de la Propiedad y Mercantiles tendrán la obligación de liquidar a sus trabajadoras o trabajadores, con base en su tiempo de servicios y de conformidad con las normas del Código de Trabajo”.

Con respecto al personal de los Registros de la Propiedad que ha laborado al amparo del Código del Trabajo durante la administración particular de dichos Registros y que continúe prestando servicios en las dependencias públicas que se crean, la primera parte de la Disposición Transitoria Primera de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, transcrita en el párrafo anterior, establece que, el cambio al régimen de derecho público no constituye despido intempestivo; mientras que, la segunda parte de la citada Disposición, prevé que el personal que cese en funciones, debe ser liquidado por el Registrador saliente.

Según se expuso en los antecedentes del presente pronunciamiento, la Disposición Transitoria Tercera de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos estableció un plazo de 365 días contados a partir de la promulgación de esa Ley (plazo que fue ampliado hasta el 29 de junio de 2011, mediante Resolución del Director Nacional de Registro de Datos Públicos No. 10 publicada en el Registro Oficial No. 414 de 28 de marzo de 2011) a fin de que los municipios y la Dirección Nacional del Registro de Datos Públicos, ejecuten los concursos para designación de los Registradores, organicen la infraestructura física y tecnológica de las oficinas en las que funcionarán los Registros y en definitiva ejecuten el traspaso de la administración particular anterior a las nuevas dependencias públicas.

De lo dicho se desprende que, la Transitoria Primera de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, se refiere al régimen jurídico aplicable al personal de los Registros de la Propiedad (Código del Trabajo) y se aplica respecto del personal que no continúe prestando servicios para la nueva administración pública de los registros, conforme ha concluido la Corte Constitucional en

sentencia No. 002-11-SIN-CC, sea que su cesación se hubiere producido antes del traspaso de los Registros a las nuevas dependencias públicas; o que dicha cesación se produzca como consecuencia de dicho traspaso.

Por tanto, de conformidad con la Transitoria Primera de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, se concluye que es obligación del Registrador saliente liquidar al personal que no continúe prestando servicios como consecuencia del traspaso de los Registros a las Municipalidades, por lo que no corresponde a éstos GADs asumir obligaciones por tal concepto.

En la sentencia No. 002-11-SIN-CC de 21 de junio de 2011, a la que se hizo referencia en los antecedentes de este pronunciamiento, la Corte Constitucional concluyó en lo principal que, como consecuencia del cambio de régimen al de derecho público, respecto del personal que continúe en funciones, las dependencias públicas que se creen en lugar de las administraciones particulares de los Registros, reconocerán: “b) ...todas las prerrogativas laborales adquiridas por el decurso del tiempo trabajado bajo dependencia de las administraciones particulares...”.

Por tanto, en el contexto establecido por las Disposiciones Transitorias Primera y Tercera de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, no corresponde a las Municipalidades asumir obligaciones respecto del personal de los Registros de la Propiedad que cese en funciones antes del traspaso de la administración del Registro a las dependencias públicas municipales o como consecuencia de dicho traspaso, pues del tenor de la parte final del primer inciso de la Transitoria Primera de esa Ley, dichas obligaciones corresponden al Registrador saliente, que debió liquidar a su personal de conformidad con el Código del Trabajo.

Sin embargo, la Disposición Transitoria Primera de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos no se agota con el traspaso del personal de las anteriores Registradurías a las nuevas dependencias públicas municipales, sino que continúa vigente para efectos de que se respeten los derechos de quienes continúen trabajando en ellas, por lo que si la cesación se produce después del traspaso de los Registros a las Municipalidades, se deberá conservar la antigüedad de la relación laboral anterior, según la citada Transitoria, pero la responsabilidad ya no será del Registrador anterior.

Sobre la aplicación de la Transitoria Primera de la Ley del Sistema Nacional de Registro Nacional de Datos Públicos, en pronunciamiento contenido en oficio No. 05280 de 1 de diciembre de 2011, concluí que: “Para determinar si el per-

sonal que pasó a formar parte del Registro Municipal de Propiedad del Cantón Montecristi debe ser contratado bajo la normativa de la Ley Orgánica del Servicio Público o del Código del Trabajo, deberá tener en cuenta los parámetros y procedimientos dispuestos en el Decreto Ejecutivo No. 225, publicado en el Registro Oficial No. 123 de 4 de febrero de 2010 que contiene los parámetros para la Clasificación de Servidores y Obreros, que reformó el Decreto Ejecutivo No. 1701 de 30 de abril de 2009, publicado en el Registro Oficial No. 592 de 18 de mayo de 2009 que determinó las 'Limitaciones a la Contratación Colectiva del Sector Público', así como la 'Normativa Técnica que regula el procedimiento para la calificación de obreras y obreros y servidoras y servidores del sector público', expedida por la SENRES (actual Ministerio de Relaciones Laborales) mediante Resolución No. 141, publicada en el Registro Oficial No. 620 de 25 de junio de 2009".

Por lo expuesto, en virtud de que los Registros de la Propiedad son dependencias desconcentradas de la respectiva Municipalidad de conformidad con el segundo inciso del artículo 13 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, y por tanto la representación legal del Municipio y sus dependencias corresponde al Alcalde según la letra a) del artículo 60 del COOTAD, se concluye que hasta que el Ministerio de Relaciones Laborales expida el acuerdo o resolución que regule el tratamiento del personal de los Registros de la Propiedad, compete al Alcalde suscribir los contratos del personal del Registro de la Propiedad que continúe en funciones luego del traspaso de las Registradurías a la administración municipal, salvo que el Registro de la Propiedad hubiere sido creado por la respectiva municipalidad como una empresa pública, evento en el que corresponderá a su Gerente General la calidad de autoridad nominadora del personal, de conformidad con el numeral 13 del artículo 11 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

2. Lo relacionado con la representación legal del Registro, ya fue analizado al atender su primera consulta, habiéndose concluido que, la administración del Registro de la Propiedad en el respectivo cantón compete a la Municipalidad, a la que corresponde organizar el Registro como una dependencia desconcentrada según el segundo inciso del artículo 13 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos; y que por tanto, corresponde al Alcalde, en calidad de representante legal de la Municipalidad, suscribir los contratos con el personal del Registro de la Propiedad que hubiere continuado en funciones luego de que se hubiere perfeccionado el traspaso del Registro a la Municipalidad.

En armonía con ello, con respecto a la primera parte de su consulta se concluye que el Alcalde es el representante legal de la Municipalidad; y como tal, el em-

pleador del personal del Registro de la Propiedad, a menos que la Municipalidad opte por la creación de una empresa pública, evento en el que corresponderá a su Gerente General dicha calidad de conformidad con los artículos 10 y 11 numeral 13 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

En relación con la segunda parte de su consulta, relacionada con la recaudación de los aranceles por los servicios que presta el Registro de la Propiedad, el segundo inciso del artículo 33 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, prescribe que: “En el caso del registro de la propiedad de inmuebles será el municipio de cada cantón el que con base en el respectivo estudio técnico financiero, establecerá anualmente la tabla de aranceles por los servicios de registro y certificación que preste”. Idéntica previsión consta en el artículo 37 de la Ordenanza sustitutiva para la Organización, Administración y Funcionamiento del Registro de la Propiedad y Registro Mercantil del Cantón Cañar.

Sobre la naturaleza de los aranceles que generan los servicios de registro que presta el Registro de la Propiedad, en pronunciamiento contenido en oficio No. 5788 de 6 de enero de 2012, concluí que: “...el Registro de la Propiedad presta servicios de registro de los títulos y actos sujetos a registro de conformidad con la Ley, entre ellos, las prendas e hipotecas, según la letra c) del artículo 25 de la Ley de Registro; y, el usuario del servicio de registro, está sujeto al pago del arancel, de conformidad con el artículo 33 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos. En consecuencia, dicho arancel o tarifa, por ser la retribución del servicio público de registro, constituye una tasa”.

Atenta la naturaleza tributaria del arancel por los servicios de registro que presta el Registro de la Propiedad, corresponde a la municipalidad fijar su valor, según los artículos 142 del COOTAD y 33 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, lo que deberá efectuarse mediante Ordenanza, según los artículos 186 y 566 del citado COOTAD.

El destino de los aranceles del Registro de la Propiedad, está determinado en forma expresa por el artículo 35 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, que dispone:

“Art. 35.- Destino de los aranceles que cobran los Registros de la Propiedad Inmueble, Mercantil, y las demás entidades que conforman el Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos.- Los Registros de la Propiedad Inmuebles y Mercantil se financiarán con el cobro de los aranceles por los servicios de registro, y el remanente pasará a formar parte de los presupuestos de los respectivos municipios, y de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, en su orden. Los aran-

celes que cobren las demás entidades públicas y privadas por la administración de sus bases de datos públicos, se mantendrán como parte de sus respectivos presupuestos...”.

Nótese que la norma establece que los aranceles financiarán el funcionamiento de los Registros; y, en cuanto a los excedentes distingue dos casos: los excedentes de los aranceles provenientes de los servicios que preste el Registro de la Propiedad, “pasará a formar parte de los presupuestos de los respectivos municipios”; mientras que, los excedentes de los aranceles que perciban los Registros Mercantiles, se destinan a la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos.

Toda vez que los aranceles son tasas destinadas por el artículo 35 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos al funcionamiento del Registro de la Propiedad, dichos aranceles deberán ser recaudados en la forma que prevé el artículo 342 del COOTAD, esto es por la unidad financiera de la Municipalidad, pudiéndose recurrir conforme dicha norma, a mecanismos de delegación para la recaudación.

De haber excedentes de los aranceles del Registro de la Propiedad, se aplicará la disposición del artículo 35 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, que establece que “el remanente pasará a formar parte de los presupuestos de los respectivos Municipios”.

Sobre idéntica base normativa, en pronunciamiento contenido en oficio No. 07450 de 19 de abril de 2012, concluí que: “la recaudación de los aranceles del Registro de la Propiedad corresponde a la unidad financiera de la Municipalidad, de conformidad con el artículo 342 del COOTAD, siendo jurídicamente procedente que dicha competencia se delegue a fin de que sea el propio Registro de la Propiedad, como dependencia desconcentrada del Municipio, quien efectúe la recaudación de los aranceles por los servicios que presta, conforme prevé el citado artículo 342 del COOTAD”.

En el mismo pronunciamiento agregué que: “De haber remanente proveniente del cobro de los aranceles, pasará a formar parte del presupuesto del Municipio, según la expresa disposición del citado artículo 35 de la citada Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos”.

Con respecto a si el Registro de la Propiedad del cantón Cañar debe obtener su propio Registro Único de Contribuyentes (RUC) y ser sujeto pasivo del IVA mencionados en su consulta, no me pronuncio por ser asuntos de competencia de la

autoridad tributaria, conforme prevén los artículos 135 del Código Tributario y 7 numeral 4 de la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas.

En cuanto la consulta se refiere a si el Registrador de la Propiedad es ordenador de gastos y goza de una cuasi autonomía financiera, 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, me abstengo de pronunciarme por no tratarse de una consulta sobre la inteligencia o aplicación de normas jurídicas.

3. En los antecedentes de la primera consulta se señala que el Registro de la Propiedad del Cantón Cañar, ha organizado la estructura de dicho Registro mediante la Ordenanza Sustitutiva para la Organización, Administración y Funcionamiento del Registro de la Propiedad y Registro Mercantil del Cantón Cañar, cuyo artículo 5 establece la creación del Registro de la Propiedad y Registro Mercantil del cantón Cañar, como órgano adscrito al Gobierno Autónomo Descentralizado Intercultural del Cantón Cañar, GADICC.

Según se analizó al atender su primera consulta, la estructuración administrativa del Registro de la Propiedad en el respectivo cantón, es competencia de la Municipalidad, en los términos de los artículos 19 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos y 142 del COOTAD.

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 Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, corresponde al Procurador asesorar y absolver las consultas jurídicas con carácter de vinculantes, “sobre la inteligencia y aplicación de las normas legales o de otro orden jurídico”. En concordancia, la Resolución No. 17 de este Organismo, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007, en su artículo 2 establece que las consultas “versarán de manera exclusiva sobre la inteligencia o aplicación de las normas legales o de otro orden jurídico”.

Por lo expuesto, toda vez que su tercera consulta trata sobre la estructura de la Municipalidad, me abstengo de atenderla, por no estar relacionada con la inteligencia o aplicación de una norma jurídica.

OF. PGE. N°: 08008, de 24-05-2012

RENUNCIA VOLUNTARIA: CÁLCULO PARA EL PAGO DE INDEMNIZACIONES

ENTIDAD CONSULTANTE: TRANSPORTES NAVIEROS ECUATORIANOS,
TRANSHAVE

CONSULTAS:

1. “¿Prevalece lo señalado en el inciso segundo del Artículo 285 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público sobre el Artículo 10 del Acuerdo Ministerial No. 158 de 7 de junio de 2011 expedido por el Ministerio de Relaciones Laborales, y publicado en el Registro Oficial Suplemento 467 del 10 de junio de 2011, en lo referente a que se debe realizar el cálculo sobre todos los años laborados en el sector público y no solo en la última institución en la que presenta la renuncia voluntaria?”.

2. “Al presentar un servidor público la renuncia voluntaria en el quinto año de servicio en la misma institución y al no haber laborado anteriormente en otra institución del sector público, al amparo de lo señalado en el Artículo 285 inciso segundo del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, para el cálculo de la compensación por renuncia voluntaria. ¿Se le deben reconocer los cuatro años y la parte proporcional del quinto año en que presenta la renuncia y es legalmente aceptada?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 237 num. 3.

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

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 23 lits. a) y e), 47 lits. a), i) y j), 56, 81, 82, 115 y Disp. Gen. Décimo Segunda; y, 285 y 286 de su Reglamento.

Codificación del Reglamento Orgánico Funcional de la Procuraduría General del Estado Art. 50 num. 5.

Código Civil Art. 18.

A. M. N° 158 del Ministerio de Relaciones Laborales de 7-06-2011 Arts. 3, 4, 7, 8 y 10.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. DR1PGE-11-0001632 de 12 de diciembre de 2011, el Director Regional 1 de la Procuraduría General del Estado atendió sus consultas remitiendo a la entidad consultante, copia del pronunciamiento de este Organismo, contenido en oficio No. 04238 de 13 de octubre de 2011 sobre la compensación por renuncia voluntaria establecida por la Disposición General Décimo Segun-

da de la Ley Orgánica del Servicio Público, en cuyo análisis se consideraron entre otras normas, el Acuerdo No. 158 del Ministerio de Relaciones Laborales, que contiene las “Regulaciones y Montos que percibirán los servidores públicos como compensación económica por renuncia voluntaria legalmente aceptada y presentada”.

En su oficio No. GERGEN-003 de 4 de enero de 2012, Transnave solicita al Director Regional de la Procuraduría General del Estado, “reconsiderar su pronunciamiento, rectificándolo en base al fundamento jurídico que se acompaña con Memorando No. TNE-ASEJUR-002-2012 de 4 de enero de 2012”.

De conformidad con el artículo 237 numeral 3 de la Constitución de la República y los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, corresponde al Procurador General del Estado el asesoramiento legal y la absolución de las consultas sobre la inteligencia o aplicación de las normas legales o de otro orden jurídico, con carácter vinculante, que le formulen las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público.

Según el numeral 5 del artículo 50 de la Codificación del Reglamento Orgánico Funcional de la Procuraduría General del Estado, a los Directores Regionales de este Organismo, corresponde atender las consultas cuando el asunto sobre el que versen haya sido materia de un pronunciamiento obligatorio y definitivo vigente emitido por el actual Procurador General del Estado o por el Procurador General del Estado Subrogante; mientras que, cuando se trate de consultas que no hayan merecido pronunciamiento, los Directores Regionales enviarán al Despacho del Procurador General del Estado, para resolver lo pertinente.

A fin de atender su pedido como una nueva consulta, mediante oficio No. 6486 de 14 de febrero de 2012 este Organismo solicitó al Ministro de Relaciones Laborales su criterio institucional sobre el tema. Con oficio No. 07041 de 19 de marzo de 2012, esta Entidad insistió en dicho requerimiento, que ha sido atendido mediante oficio No. MRL-AJ-2012 3780 de 1 de junio de 2012, recibido el 4 de junio del presente año, suscrito por el abogado Juan Fernando Salazar, Viceministro del Servicio Público.

Con tales antecedentes, atiendo sus consultas que fueron transcritas en los antecedentes, analizándolas en forma conjunta por estar referidas a la misma materia, esto es a la compensación por renuncia voluntaria que establece la Disposición General Décimo Segunda de la Ley Orgánica del Servicio Público.

En el memorando No. TNE-ASEJUR-002-2012 de 4 de enero de 2012 el Asesor

Jurídico de Transnave manifiesta que, la consulta de esa entidad trata sobre el orden jerárquico de las normas y manifiesta que:

“El artículo 285 del Reglamento General a la LOSEP dicta las disposiciones generales a las compensaciones e indemnizaciones contempladas en la LOSEP, señalando de manera puntual, clara y precisa que ‘se considerará para el cálculo de las compensaciones y su correspondiente pago los años laborados en el sector público’ ...toda normativa inferior que contemple alguna forma de cálculo para las compensaciones comprendidas en el Título VI del Reglamento General a la LOSEP deberán ser siempre considerando los años laborados en el sector público y no como se malinterpreta con lo señalado en el Art. 286 del Reglamento General a la LOSEP al indicar que esta compensación se hará efectiva a partir del inicio del quinto año en la misma institución, siendo esta disposición netamente generativa del derecho, por así decirlo, la condición de que un servidor para acogerse a esta compensación deberá tener por lo menos cinco años en la misma institución y no confundir con el cálculo el cual debe realizárselo conforme lo señala el Art. 285 del Reglamento General a la LOSEP. Este error de conceptos lo ha consagrado el Acuerdo 158 del Ministerio de Relaciones Laborales y confunde la condición con la forma de cálculo. Daría a entenderse que estamos frente a una homofonía jurídica ya que lo claramente señalado en una disposición pareciera que se confunde con otra, situación que se aclara más aún cuando leemos lo establecido en el segundo inciso del Art. 286 cuando recalca que el valor de la compensación se establecerá tomando en cuenta el total de los años laborados por la o el servidor, siendo este inciso el que coincide con el Art. 285 y no con el primer inciso del Art. 286, porque como ya lo señalamos, el tiempo de cumplir con el inicio del quinto año en la misma institución es justamente una condición para el ejercicio de este derecho (compensación)...”.

Por su parte, el Ministerio de Relaciones Laborales, en el oficio No. MRL-AJ-2012 3780 de 1 de junio de 2012, al que se ha hecho referencia en los antecedentes, cita entre otras normas la Disposición General Décimo Segunda de la LOSEP y sobre su base manifiesta que:

“Relacionado con la cesación de funciones de las y los servidores públicos, en el Capítulo V del Título II, se norma estas figuras jurídicas, y en el artículo 47 literal a) se señala a la renuncia voluntaria formalmente presentada.

Para ésta causal la Ley en la Décima Segunda Disposición General creó una compensación económica adicional a la liquidación de haberes, de conformidad con el plan que al efecto establezca cada institución a partir del quinto

año de servicio prestado en la misma institución y de acuerdo a las regulaciones y los montos que para el efecto expida el Ministerio de Relaciones Laborales.”

Agrega el Viceministro del Servicio Público que:

“...el Reglamento en el artículo 285, hace referencia de manera general a los años de servicio laborados en el sector público, para las compensaciones económicas e indemnizaciones, debiéndose remitir en forma específica para cada figura jurídica, al texto de la ley sustantiva. Es por ello que la LOSEP para el reconocimiento de la compensación económica por renuncia voluntaria legalmente presentada y aceptada, condiciona para aquello, considerar a partir del quinto año de servicio laborado en la misma institución, no siendo permitido el calcular desde el primer año de ingreso a la entidad”.

Añade que:

“En el Acuerdo de este Ministerio No. 158 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 467, de 1 de junio de 2011, se reguló los montos que recibirán las y los servidores por compensación económica por renuncia voluntaria legalmente presentada y aceptada, determinándose en la norma el procedimiento a seguirse cuando se trata de la renuncia voluntaria planificada y no planificada, fijándose la compensación en cinco salarios básicos unificados por cada año de servicios prestados en la misma institución, contados a partir del quinto año de servicio y como máximo el de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en general, en total”.

Concluye el Viceministro del Servicio Público manifestando que:

“...la Constitución de la República establece como principio de carácter general, que la Ley regulará la cesación de funciones para las y los servidores públicos; la norma jurídica de jerarquía menor como es la LOSEP, cuyo texto se derivó del marco mayor, es la que crea la compensación económica por renuncia voluntaria, condicionando que para su cálculo se lo hará a partir del quinto año de servicio laborado en la misma institución, a más de que la propia Ley delegó implícitamente al Ministerio de Relaciones Laborales, la competencia de fijar los montos para su reconocimiento y las regulaciones para su perfeccionamiento, norma que a través del Acuerdo referido, no irrespeta en absoluto el ordenamiento jerárquico superior ni disminuye ni restringe el derecho para su cálculo”.

La compensación económica por renuncia voluntaria, fue establecida por la Disposición General Décima Segunda de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), que prescribe:

“DECIMA SEGUNDA.- Las servidoras y servidores que cesen en funciones por renuncia voluntaria legalmente presentada y aceptada, a partir del quinto año de servicio prestado en la misma institución, percibirán a más de la liquidación de haberes, una compensación económica, de acuerdo a las regulaciones y los montos que para el efecto expida el Ministerio de Relaciones Laborales, previo al cumplimiento de lo dispuesto en el literal c) del artículo 132 de esta Ley. Las servidoras y servidores que se retiren en cumplimiento de lo previsto en la disposición general primera, percibirán una sola compensación que será la correspondiente a la de mayor valor, entre las previstas en esta disposición y la establecida en el artículo 129 de esta ley y que se podrá pagar con bonos del Estado.

Las servidoras o servidores en contra de los cuales se encuentre sustanciándose un sumario administrativo y que presentaren su renuncia, no podrán acogerse a esta compensación, salvo que fuere exento de responsabilidad al concluir el trámite del mismo”.

La primera parte del primer inciso de la citada Disposición General Décima Segunda de la LOSEP, se refiere a la compensación por renuncia voluntaria, que es el tema sobre el que trata su consulta; y, la parte final del mismo inciso se refiere a la supresión de partidas, regulado por la Disposición General Primera de esa Ley.

Téngase en cuenta que, la compensación por renuncia voluntaria es aplicable únicamente a los servidores de carrera, puesto que conforme a los artículos 23 letra a), 81 y 82 de la LOSEP, la carrera del servicio público garantiza la estabilidad del servidor; y por tanto, el derecho a ser indemnizado o compensado en caso de supresión de su puesto o partida, o por retiro voluntario, conforme lo disponen los artículos 23 letra e) y 47 letras i) y j) de la referida Ley Orgánica.

De conformidad con el artículo 108 del Reglamento a la LOSEP, corresponde a las Unidades Administrativas de Talento Humano (UATH) de cada entidad, establecer anualmente los planes de retiro voluntario con indemnización, así como los planes de retiro para que los servidores se acojan al beneficio por jubilación, los que deberán contar con la correspondiente disponibilidad presupuestaria y a los que podrán acogerse los servidores manifestando su voluntad por escrito.

El artículo 285 del Reglamento a la LOSEP, al que se refiere el informe del Asesor Jurídico de la entidad consultante, establece:

“Art. 285.- Disposiciones para las compensaciones económicas e indemnizaciones.- Las UATH, dentro de la planificación anual del talento humano, determinarán el número de servidoras y servidores que podrán acogerse durante el siguiente ejercicio fiscal, a las indemnizaciones o compensaciones contempladas en la LOSEP, a fin de contar con la respectiva disponibilidad presupuestaria para el efecto. Esta planificación deberá contar previamente con el dictamen presupuestario favorable del Ministerio de Finanzas respecto de la administración pública central e institucional, en concordancia con lo establecido en el artículo 56 de la LOSEP.

Se considerará para el cálculo de las compensaciones y su correspondiente pago los años laborados en el sector público, así como la parte proporcional a que hubiere lugar. En caso de que la servidora o servidor hubiesen recibido indemnización por supresión de puestos o venta de renuncias y hubiere devuelto el valor de la misma, se tomarán en cuenta todos los años de servicios en el sector público, más si no hubiere procedido a hacerlo y ésta o éste reintegró legalmente a laborar en el sector público, sólo se tomarán en cuenta los años de servicios laborados a partir de la fecha de su reintegro.

Se exceptuarán de esta planificación los casos no previstos, siempre que se cuente con el dictamen favorable del Ministerio de Finanzas”.

Por su parte, el artículo 286 del Reglamento a la LOSEP, con respecto al caso específico de la compensación por renuncia voluntaria, sobre el que trata la consulta, establece:

“Art. 286.- De la compensación por renuncia voluntaria.- La compensación por renuncia voluntaria opera de conformidad con el plan que al efecto establezca cada institución. Una vez que fuere legalmente presentada y aceptada, de conformidad con la Disposición General Décima Segunda de la LOSEP, se hará efectiva a partir del inicio del quinto año de servicios prestados en la misma institución bajo cualquier modalidad de nombramiento, y hasta el año en el cual sea presentada y aprobada la renuncia.

El valor de la compensación se establecerá, tomando en cuenta el total de los años laborados por la o el servidor, y el monto establecido por el Ministerio de Relaciones Laborales, previo dictamen favorable del Ministerio de Finanzas, hasta un máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados en total.

Este valor será pagadero en efectivo, de conformidad con la disponibilidad presupuestaria.

En todos los casos se observará si la o el servidor se encuentra en la edad y requisitos establecidos para la jubilación, caso en el cual, se acogerá únicamente a la compensación económica por jubilación voluntaria o por jubilación obligatoria establecida en la LOSEP, según sea la de mayor valor.

En caso de que la partida sea suprimida, o se compre su renuncia, únicamente se pagará la compensación o la indemnización de mayor valor.

Las o los servidores en contra de los cuales se encuentre sustanciándose un sumario administrativo y que presentaren su renuncia, no podrán acogerse a ésta compensación, salvo que fuere exento de responsabilidad al concluir el trámite del mismo”.

El ordenamiento jurídico es una unidad en la que cada parte debe guardar armonía; por ello, las normas deben ser entendidas considerando su contexto, según dispone el numeral 4 del artículo 18 del Código Civil que contiene las reglas de interpretación de la ley. En concordancia, el artículo 12 del Código Civil establece que, cuando una ley contenga disposiciones generales y especiales que estén en oposición, prevalecerán las disposiciones especiales.

La compensación por renuncia voluntaria, es un beneficio económico que tiene por finalidad estimular a los servidores públicos para que cesen en sus funciones en forma voluntaria, acogiéndose al plan de renuncias anualmente establecido en cada institución, y perciban la compensación; y, no es aplicable a los servidores de libre nombramiento y remoción, con nombramientos provisionales, de período fijo, contratos de servicios ocasionales, ni para los puestos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior, toda vez que no son servidores de carrera y por tanto están excluidos de la garantía de estabilidad en sus puestos, conforme se analizó anteriormente.

Dicha compensación está establecida por la Disposición General Décimo Segunda de la LOSEP, antes citada, que prescribe al efecto que, los servidores que se acojan a este estímulo, percibirán además de la liquidación de haberes, la compensación por renuncia voluntaria, “a partir del quinto año de servicio prestado en la misma institución”.

Por tanto, el artículo 286 del Reglamento a la LOSEP que contiene la norma específica aplicable para el cálculo de la compensación por renuncia voluntaria, debe

ser entendido en el contexto establecido por la Disposición General Décimo Segunda de la LOSEP que determina la base de cálculo de la compensación por renuncia voluntaria, previendo en forma expresa que dicho estímulo se pague a partir del quinto año de servicio prestado en la misma institución.

Nótese que la Disposición General Décima Segunda de la LOSEP confiere al Ministerio de Relaciones Laborales, competencia para expedir “las regulaciones y los montos” de la compensación económica por renuncia voluntaria, por lo que en aplicación de dicha atribución, el Ministerio de Relaciones Laborales, mediante Acuerdo No. MRL-2011-00158, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 467 de 10 de junio de 2011, expidió “Las Regulaciones y Montos que percibirán los servidores públicos como compensación económica por renuncia voluntaria legalmente aceptada y presentada”. El artículo 3 del citado Acuerdo establece:

“Art. 3.- De la compensación por renuncia voluntaria.- Esta compensación económica constituye el reconocimiento monetario al que tienen derecho las y los servidores públicos, para ser percibido por una sola vez, al ser aceptada su renuncia voluntaria legalmente presentada. Se calculará a partir del inicio del quinto año de servicios dentro de una misma institución, de conformidad con lo determinado por la LOSEP, su Reglamento General y el presente acuerdo.

El reconocimiento de esta compensación económica no será aplicable para los miembros en servicio activo de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, y Bomberos, que se regulan por el artículo 115 de la LOSEP; y, las y los obreros públicos, regulados por el Código del Trabajo”.

El artículo 4 del citado Acuerdo dispone que, las instituciones del Estado, a fin de viabilizar la desvinculación de los servidores públicos por renuncia voluntaria legalmente presentada y aceptada, “deberán elaborar un plan anual, el cual será sometido a la aprobación de la autoridad nominadora...”; y, el artículo 7 *ibídem*, para el evento de servidores que hubieren presentado renunciaciones no planificadas, es decir no incluidas en el plan anual, prevé que: “el monto que percibirán en calidad de compensación por renuncia voluntaria, no planificada, será el equivalente al 10% del valor calculado conforme lo señalado en el artículo 10 de este acuerdo...”.

El artículo 10 del referido Acuerdo Ministerial, sobre el que trata su consulta en forma específica, dispone con respecto al cálculo de la compensación por renuncia voluntaria que su valor “será equivalente a cinco salarios básicos unificados por cada año cumplido de servicios prestados en la misma institución, contados

a partir del inicio del quinto año de servicio. Sobre la fracción de año se calculará el valor proporcional”, lo que concuerda con la previsión de la Disposición General Décimo Segunda de la LOSEP que establece dicha compensación.

Agrega el citado artículo 10 del Acuerdo Ministerial No. 158 que, el valor máximo que podrán recibir los servidores públicos por concepto de compensación por renuncia voluntaria será ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en general, en total y el servidor que perciba dicha compensación, no podrá recibir otro beneficio adicional con ocasión de la cesación definitiva en sus funciones.

Sobre idéntica base normativa, en pronunciamiento contenido en oficio No. 04238 de 13 de octubre de 2011, cuya copia fue remitida a la entidad consultante por el Director Regional 1 de la Procuraduría General del Estado, concluí:

“...en virtud de lo dispuesto en la Disposición General Décima Segunda de la LOSEP, el artículo 286 de su Reglamento de aplicación, y los artículos 4, 8 y 10 del Acuerdo No. 158 del Ministerio de Relaciones Laborales, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 467 de 10 de junio de 2011, en caso de que las renuncias voluntarias de los servidores para acogerse a la compensación de la Municipalidad de Junín se encuentren incluidas dentro del plan anual institucional, y aprobado por la autoridad nominadora, el valor de la compensación por renuncia voluntaria será equivalente a cinco salarios básicos unificados por cada año cumplido de servicios prestados en la misma institución, contados a partir del quinto año de servicio y hasta un valor máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en general en total y en caso de fracción de año, se calculará por su valor proporcional”.

En el mismo pronunciamiento agregué que:

“...en atención a lo dispuesto en los artículos 7 y 8 del Acuerdo Ministerial No. 158 antes referido, en caso de que los servidores de la Municipalidad que renuncien voluntariamente, no hayan solicitado su inclusión en el plan institucional anual de renuncia voluntaria o no sean consideradas en el plan institucional, pero que por circunstancias personales formalicen sus renuncias, el monto de la compensación será el equivalente al 10% del valor calculado conforme lo dispuesto en el artículo 10 del Acuerdo Ministerial No. 158 antes referido”.

En idéntico sentido me pronuncié sobre esta materia en oficio No. 05789 de 6 de enero de 2012, dirigido al Alcalde del Municipio de Déleg.

Del análisis que precede se concluye que, la base de cálculo de la compensación por renuncia voluntaria es la establecida por la Disposición General Décimo Segunda de la LOSEP que prevé que dicho estímulo se pagará “a partir del quinto año de servicio prestado en la misma institución”; en consecuencia, el artículo 10 del Acuerdo Ministerial No. 158 del Ministerio de Relaciones Laborales, concuerda con dicha norma legal.

En atención a los términos de su primera pregunta se concluye que, el cálculo de la compensación por renuncia voluntaria se debe efectuar a partir del inicio del quinto año de servicios prestados en la misma institución, conforme prescriben la Disposición General Décimo Segunda de la LOSEP, el artículo 286 del Reglamento a la LOSEP y los artículos 3 y 10 del Acuerdo No. 158 del Ministerio de Relaciones Laborales. Por tanto, no es procedente incluir en el cálculo de la compensación por renuncia voluntaria todos los años laborados por el servidor cesante en el sector público.

Con respecto a su segunda pregunta, el artículo 8 del Acuerdo No. MRL-2011-00158 antes referido, que contiene “Las Regulaciones y montos que percibirán las y los servidores públicos como compensación económica por renuncia voluntaria legalmente presentada y aceptada”, establece los requisitos para que los servidores públicos que presenten su renuncia voluntaria a partir del quinto año de servicios en una misma institución del Estado, perciban la compensación económica que ahí se determina.

El artículo 10 del mencionado Acuerdo, antes citado dispone que, el valor de la compensación por renuncia voluntaria “será equivalente a cinco salarios básicos unificados por cada año cumplido de servicios prestados en la misma institución, contados a partir del inicio del quinto año de servicio. Sobre la fracción de año se calculará el valor proporcional”.

En atención a lo expuesto, con relación a su segunda consulta se concluye que, si un servidor público presenta su renuncia voluntaria en el quinto año de servicio en la misma institución, para el cálculo de la compensación por renuncia voluntaria, se le debe reconocer el valor proporcional sobre la fracción del quinto año laborado en la misma institución, de conformidad con la base de cálculo establecida en la Disposición General Décimo Segunda de la LOSEP y el artículo 10 del Acuerdo del Ministerio de Relaciones Laborales No. 158, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 467 de 10 de junio de 2011.

OF. PGE. N°: 08277, de 11-06-2012

SUBSIDIO DE ANTIGÜEDAD: IMPROCEDENCIA DE PAGO

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO PROVINCIAL DEL AZUAY

CONSULTA:

“Si es posible proceder al pago por concepto de subsidio de antigüedad, correspondiente a los empleados enrolados con anterioridad al 6 de octubre de 2010”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 11 num. 5 y 238.

Ley Orgánica del Servicio Público Disp. Trans. Décima.

LOSCCA Arts. 104 y 105 (derogada).

PRONUNCIAMIENTO:

En el oficio de consulta se manifiesta que de conformidad con la certificación emitida por el Director Financiero del Consejo Provincial del Azuay, se determina que existe la disponibilidad presupuestaria en las Partidas No. 510408 -710408 “Subsidio de Antigüedad” a favor de Empleados y Funcionarios del Gobierno Provincial del Azuay, de acuerdo a la Ordenanza Presupuestaria vigente para el año 2011.

En el oficio No. SMGA No. 8290-I Oficio No. 245-AJ-2011, de 16 de diciembre de 2011, anexo a su oficio de consulta, el Procurador Síndico del Consejo Provincial del Azuay, con fundamento en los artículos 11 numeral 5 y 238 de la Constitución de la República; y, y Disposición Transitoria Décima de la Ley Orgánica del Servicio Público, manifiesta lo siguiente:

“Con lo manifestado y al haberse incorporado este beneficio de los empleados de recibir Subsidio de antigüedad, bajo el amparo de la LOSCCA, y por un principio constitucional señalado en el Art. 11, numeral 5, se deberán para las y los servidores públicos aplicar la norma más favorable en su efectiva vigencia, esto es un derecho que fue reconocido legalmente por la LOSCCA; y adicionalmente la misma Ley Orgánica del Servicio Público en su Transitoria Décima, establece que en el caso de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, dictarán y aprobarán su normativa que regule la administración autónoma del talento humano, por lo que no veo inconveniente legal y al existir partidas presupuestarias legalmente aprobadas por el Consejo Provincial del Azuay, a través de su Ordenanza Presupuestaria, para que se proceda hacer efectivo el Subsidio por Antigüedad, según a

quien corresponda y que este se haya enrolado al Gobierno Provincial del Azuay con anterioridad al 6 de octubre de 2010, al amparo de la LOSCCA”.

Con respecto al subsidio de antigüedad, que motiva la consulta, debo puntualizar que el Art. 104 de la derogada Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones de los Servidores Públicos, LOSCCA, dispuso la Unificación de “todos los componentes que constituyen el ingreso de los dignatarios, autoridades, funcionarios, servidores” públicos; por lo tanto, a partir la vigencia de la derogada LOSCCA, esto es, 6 de octubre de 2003, los Consejos Provinciales, estuvieron sujetos a la unificación de las remuneraciones de sus servidores, dispuesta por los artículos 104 y 105 de esa Ley (artículos 103 y 104 de la Codificación de la LOSCCA), debiendo incorporar a la remuneración mensual unificada de los servidores del Consejo Provincial del Azuay, todos los rubros que a la fecha de promulgación de esa ley, se hubieren encontrado percibiendo sus servidores en forma anual y permanente, con la excepción de aquellos rubros excluidos en forma expresa por el citado artículo 104 de la LOSCCA, correspondientes a décimo tercer sueldo o remuneración, décimo cuarto sueldo o remuneración; y, viáticos, subsistencias, dietas, horas suplementarias, extraordinarias, encargos y subrogaciones.

Por lo tanto, cada uno de los rubros que hasta entonces percibían los servidores públicos en forma separada, como lo fue el subsidio por antigüedad, pasaron a integrar la remuneración mensual unificada y dejaron de existir como rubros independientes. Por lo tanto, no es jurídicamente procedente reestablecer el estímulo de antigüedad para los funcionarios del Consejo Provincial del Azuay, enrolados con anterioridad al 6 de octubre de 2010, porque dicho rubro ya debió estar incluido en su remuneración mensual unificada.

En los mismos términos me pronuncié mediante oficio No. 01137 de 29 de marzo de 2011, ante una consulta planteada por el Prefecto Provincial de Napo.

A lo expuesto se debe agregar que la vigente Ley Orgánica del Servicio Público, en su inciso tercero de las “Derogatorias” dispone que “Se derogan las leyes, reglamentos, normas, resoluciones, acuerdos o cualquier tipo de disposición que reconozca bonificaciones, comisiones o estímulos económicos por el cumplimiento de años de servicio, por aniversarios institucionales, por efectos de ejecución de”, funciones propias de cada institución o por cualquier otro mecanismo, modo o circunstancia

OF. PGE. N°: 06022, de 19-01-2012

TERMINACIÓN UNILATERAL DE CONTRATO: INCREMENTO DE RUBROS –CELEBRACIÓN DE CONTRATO CON NUEVO CONTRATISTA

ENTIDAD CONSULTANTE: GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN EL CHACO

CONSULTA:

Formula dos consultas relacionadas con la aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, tendientes a determinar el procedimiento que esa Municipalidad debe observar para concluir la obra de “Estabilización de rasante, asfalto en frío y construcción de aceras y bordillos en las calles de los barrios 26 de Mayo, Simón Bolívar y San Juan y construcción de la primera etapa de los parques 26 de Mayo y Simón Bolívar del programa mejoramiento de barrios-socio comunidad de la ciudad de El Chaco, provincia de Napo”.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Arts. 23, 24, 85, 86, 88, 89 y 95.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 6843 de 7 de marzo de 2012, este Organismo solicitó a usted remitir el informe del Procurador Síndico en texto independiente, así como copias certificadas de la documentación a la que se refiere la consulta.

Con oficio No. 189 GADMCH de 22 de marzo de 2012, recibido al siguiente día, la Municipalidad consultante atendió parcialmente los requerimientos de esta entidad, por lo que mediante oficio No. 7190 de 28 de marzo de 2012 se insistió en que se envíe el criterio jurídico debidamente fundamentado por el Procurador Síndico de la Municipalidad de El Chaco.

La Municipalidad consultante ha remitido el criterio jurídico del Procurador Síndico, contenido en documento sin número ni fecha, anexo al oficio No. 209 GADMCH de 30 de marzo de 2012, ingresado el 4 de abril del presente año.

Con tales antecedentes, atiendo sus consultas en forma conjunta en virtud de que están referidas a la misma materia, y han sido formuladas con el siguiente tenor:

“a. ¿Es procedente que al haberse declarado la terminación anticipada y unilateral del contrato por incumplimiento de la contratista, EL GOBIERNO AUTÓNOMO-

MO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DE EL CHACO, contrate sobre el objeto que fue terminado, cambiando el rubro de asfalto en frío e=12mm y e=20mm, conforme consta en los pliegos, a 5 cm, considerando el informe técnico que manifiesta que por la estructura del terreno, la saturación de agua que ha sufrido la base y subbase por las constantes lluvias de la zona, el objeto inicial del contrato no tendrá duración. Y esto incrementará los costos.”

“b. ¿Se puede en este mismo contrato incrementar un área adicional de asfalto a ser contratada de 4.538,35 m², considerando que este incremento incrementará también los rubros del contrato?”

En la comunicación inicial de consulta se expone que la Municipalidad de El Chaco y la empresa Coral Servicios S.A, suscribieron el 13 de septiembre del 2010 un contrato para la ejecución de la obra “Estabilización de rasante, asfalto en frío y construcción de aceras y bordillos en las calles de los barrios 26 de Mayo, Simón Bolívar y San Juan y construcción de la primera etapa de los parques 26 de Mayo y Simón Bolívar del programa mejoramiento de barrios-socio comunidad de la ciudad de El Chaco, provincia de Napo”; y que, mediante Resolución Administrativa No. 002 GADMCH-2012 de 9 de febrero de 2012, el Alcalde declaró la terminación unilateral y anticipada del referido contrato. Copias del contrato y de la Resolución de terminación unilateral han sido remitidas a pedido nuestro.

En su informe, el Procurador Síndico cita la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y manifiesta que: “El último inciso del Art. 95 del cuerpo legal referido faculta a la entidad contratante una vez declarada la terminación unilateral, volver a contratar inmediatamente el objeto del contrato que fue terminado, por lo que considero que es procedente VOLVER A CONTRATAR. Respecto al cambio de rubro de asfalto en frío e=12mm y e=20mm que consta en los pliegos; a 5 centímetros considerados en el informe técnico que manifiesta que por la estructura del terreno y la saturación del agua no tendría duración el asfalto en frío; también es procedente este cambio en el asfalto, mediante la creación de rubros nuevos contemplados en el Art. 86 de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública.”

Con respecto a la segunda parte de la consulta el Procurador Síndico de la Municipalidad consultante agrega que: “...es procedente incrementar en el objeto del contrato que fue terminado, un área adicional, ya sea mediante obras y servicios complementarios establecidos en el Art. 85 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, o también mediante la creación de rubros nuevos establecidos en el Art. 86 del cuerpo legal invocado, cuidando que estos contratos no excedan del 35% del valor actualizado o reajustado del contrato principal

conforme (la) disposición establecida en el Art. 86 LOSNCP”.

De la copia certificada del contrato No. LICO-GMCH-001-2010 se desprende que fue suscrito el 13 de septiembre de 2010 por la Municipalidad de El Chaco con la empresa Coral Servicios S.A., representada por el señor Javier María Guevara Padilla; y, que su objeto, según la cláusula cuarta fue la ejecución de la obra “Estabilización de rasante, asfalto en frío y construcción de aceras y bordillos en las calles de los barrios 26 de Mayo, Simón Bolívar y San Juan y construcción de la primera etapa de los parques 26 de Mayo y Simón Bolívar del programa mejoramiento de barrios-socio comunidad de la ciudad de El Chaco, provincia de Napo”. Según la misma cláusula el contratista se comprometió a realizar la obra “con sujeción a su oferta, planos, especificaciones técnicas generales y particulares de la obra, anexos, instrucciones de la entidad y demás documentos contractuales.” El precio y plazo del contrato fueron estipulados en las cláusulas quinta y octava, respectivamente.

La cláusula décima quinta previó la posibilidad de suscribir entre las partes, contratos complementarios por causas justificadas, o convenir en la ejecución de trabajos bajo las modalidades de diferencias en cantidades de obra u órdenes de trabajo, de conformidad con los artículos 85, 86, 87, 88 y 89 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Las causas de terminación del contrato, estipuladas en la cláusula vigésima, son las previstas en los artículos 92 y siguientes de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, entre ellas la terminación unilateral.

Entre los documentos cuya copia certificada se ha remitido a pedido nuestro, consta la Resolución Administrativa de Terminación Unilateral de Contrato No. 002 GADMCH-2012, en la que no consta la fecha en que fue expedida, pero que según el oficio inicial de consulta fue adoptada por el Alcalde el 9 de febrero de 2012.

En el informe técnico No. 011-2012 de 24 de febrero de 2012, dirigido por el Director de Planificación de la Municipalidad de El Chaco al Procurador Síndico, con respecto al cambio de espesor del asfalto en frío manifiesta:

“Cuando se realizaron los estudios de asfalto, los análisis técnicos indicaron que es posible colocar asfalto en frío de 12 milímetros y 20 milímetros en un piso estabilizado que cumpla con las densidades mínimas para soportar un tráfico pesado. En la práctica notamos que la estabilización del suelo se la realizó sin inconvenientes y cumplía con los parámetros mínimos en densidades pero que por las

constantes lluvias y la existencia de agua freática reducía las densidades del suelo y desestabilizaba la rasante dando a entender que la aplicación de un asfalto con espesores mínimos tendería a figurarse y posteriormente a quebrarse formando baches. Con los técnicos de PCV y los técnicos del GAD municipal de El Chaco, analizando la situación concretamos en que conviene incrementar el espesor del asfalto para que absorba los efectos de la presencia de agua interna y externa del suelo y de esta forma garantizar en el tiempo la durabilidad del asfalto.”

En el mismo informe, en relación al área del proyecto, el Fiscalizador expresa:

“El proyecto contratado abarca 14.53 hectáreas de las cuales 27033.83 m² corresponden a la colocación del pavimento en frío.

Adicionalmente, el GAD Municipal de El Chaco, realizó los trabajos previos para asfaltar ciertas calles que se anexan al proyecto Socio Barrio y que son necesarias de asfaltar con el fin de complementar los circuitos viales de los barrios que forman parte del proyecto. El área adicional es de 4538.35 m².

Es importante considerar el asfaltado de las áreas indicadas aprovechando la contratación de la misma empresa de asfalto para optimizar recursos y tiempo, ya que en esta zona es complicado contratar empresas que se dedican a proveer de asfalto para vías y más aún cuando se trata de áreas pequeñas. El área total a asfaltarse será de 31572.18 m²”

De los antecedentes referidos en la comunicación de consulta y de la copia certificada de la Resolución Administrativa No. 002 GADMCH-2012, adoptada por el Alcalde de la Municipalidad de El Chaco el 9 de febrero de 2012, se desprende que el contrato suscrito por ese gobierno autónomo descentralizado municipal con la empresa Coral Servicios S.A el 13 de septiembre del 2010 para la ejecución de la obra “Estabilización de rasante, asfalto en frío y construcción de aceras y bordillos en las calles de los barrios 26 de Mayo, Simón Bolívar y San Juan y construcción de la primera etapa de los parques 26 de Mayo y Simón Bolívar del programa mejoramiento de barrios-socio comunidad de la ciudad de El Chaco, provincia de Napo” ya no está vigente pues la Municipalidad resolvió su terminación en forma unilateral y anticipada.

Al tratarse de un contrato que ha terminado, no son aplicables las disposiciones de los artículos 85, 86, 87, 88 y 89 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que regulan la suscripción de contratos complementarios, así como la ejecución de rubros nuevos y de diferencias en cantidades de obra mediante órdenes de trabajo, con el mismo contratista, necesarias para ampliar o

complementar una obra determinada que es objeto de un contrato vigente.

El inciso final del artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone que: “Una vez declarada la terminación unilateral, la Entidad Contratante podrá volver a contratar inmediatamente el objeto del contrato que fue terminado, para lo cual se observará el procedimiento de cotización previsto en el Capítulo IV del Título III de esta Ley.”

Del tenor de la norma legal transcrita se desprende que como consecuencia de la terminación unilateral de un contrato, la entidad pública para concluir la obra o servicio, queda habilitada para celebrar un nuevo contrato con un contratista distinto, pues el anterior queda inhabilitado por efecto de la terminación unilateral anticipada.

En consecuencia, para concluir la obra que fue objeto del contrato cuya terminación unilateral anticipada resolvió la Municipalidad, de conformidad con el inciso final del artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, corresponde a ese gobierno autónomo descentralizado, celebrar un nuevo contrato, observando para efectos de la selección del nuevo contratista, el procedimiento de cotización reglado por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento.

El artículo 23 de la citada Ley Orgánica, ubicado en el Capítulo I del Título III, que contiene “Normas Comunes a todos los procedimientos de contratación Pública”, prescribe que: “Antes de iniciar un procedimiento precontractual, de acuerdo a la naturaleza de la contratación, la entidad deberá contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos y especificaciones técnicas, debidamente aprobados por las instancias correspondientes...”.

Según el artículo 24 de la misma Ley, “Las entidades previamente a la convocatoria, deberán certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación”.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con el inciso final del artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la Municipalidad de El Chaco puede contratar con un nuevo contratista, la conclusión de la obra que fue objeto del contrato que terminó en forma unilateral y anticipada, observando al efecto el procedimiento de cotización, conforme prescribe en forma expresa la citada norma.

Tratándose de un nuevo contrato, en forma previa al inicio del procedimiento

precontractual, la Municipalidad deberá determinar las especificaciones técnicas de los componentes de la obra, entre ellos el espesor del rubro de asfalto frío, así como el área en la que deberán ser ejecutados los trabajos y sus costos, conforme lo dispone el artículo 23 de la citada Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

OF. PGE. N°: 07710, de 09-05-2012

TRIPULANTES DE CABINA (AZAFATAS O AUXILIARES): PÓLIZAS DE SEGUROS POR PÉRDIDA DE LICENCIAS

ENTIDAD CONSULTANTE: DIRECCIÓN GENERAL DE AVIACIÓN

CONSULTAS:

1. “Si la Ley de Defensa Profesional de los Tripulantes de Vuelo del Ecuador publicada en el Registro Oficial No. 892, de 9 de agosto de 1979, ampara también a los tripulantes de cabina (azafatas o auxiliares) en cuanto a la obligación de contratar pólizas por pérdida de licencias, es decir, similares a quienes ejercen las funciones de comandante de aeronave o pilotos”.

2. “Si es procedente o legal la inclusión en póliza de seguros de las aerolíneas, la de pérdida de licencias a los tripulantes de cabina, considerando que en ninguna parte de las regulaciones técnicas de aviación civil (RDAC), leyes o reglamentos de la Dirección General de Aviación Civil se establece tal obligación de manera expresa, esto es, la de emitir póliza de pérdida de licencias a tripulantes de cabina (azafatas o auxiliares de cabina)”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 6, 10, 11 num. 1, 66 numerales 4, 13 y 18; y, 84.

Código Aeronáutico Arts. 67, 68, 69, 70, 71, 247, 248 y 249.

Ley de Tripulantes Aéreos Arts. 1 y 9.

Ley de Ejercicio Profesional de Tripulantes de Vuelo del Ecuador Arts. 1 y 9.

Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Seguros Aeronáuticos Art. 2.

Convenio de Aviación Civil Internacional, D. L. N° 000, R. O. N° 389 de 14-12-

1953 y ratificado mediante D. E. N° 1110, R. O. N° 675 de 25-11-1954 Arts. 29 y 32.

Res. del Consejo de Aviación Civil N° 1, R. O. N° 186 de 4-11-1997

PRONUNCIAMIENTO:

Al oficio de consulta se acompaña el informe jurídico institucional, constante en oficio No. DGAC-AE-O-0149-2011 de 9 de diciembre de 2011, suscrito por el Director de Asesoría Jurídica, Subrogante, de la Dirección General de Aviación Civil, quien con fundamento en los artículos 6, 10, 11 numeral 1; 66 numerales 4, 13 y 18; y, 84 de la Constitución de la República; 67, 68, 69, 70, 71, 247, 248 y 249 del Código Aeronáutico; 2 del Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Seguros Aeronáuticos; y, 1 y 9 de la Ley de Tripulantes Aéreos, concluye manifestando lo siguiente:

“1.- La Tripulación comprende todo el personal que presta servicios a bordo de la aeronave.

2.- Son tripulantes aéreos o de vuelo, los pilotos, copilotos, mecánicos de vuelo, navegantes y en general los que desempeñan funciones en la cabina de mando en actividad aerocomercial, así como todos aquellos que las leyes y reglamentos pertinentes definan como tales y la Federación Ecuatoriana de Tripulantes Aéreos los reconozcan.

3.- La tripulación comprende todo el personal que presta servicios a bordo de la aeronave, incluyendo los auxiliares de a bordo.

Bajo las consideraciones anotadas debo concluir que los auxiliares de a bordo, por ser miembros de la tripulación también tendrían derecho a contar con una póliza por pérdida de licencia”.

El primer inciso del Art. 1 de la Ley de Ejercicio Profesional de los Tripulantes de Vuelo del Ecuador, ubicado en el Capítulo Primero, Sección I, establece lo siguiente:

“Art. 1.- Son Tripulantes Aéreos o de Vuelo protegidos por esta Ley, los Pilotos, Copilotos, Mecánicos de Vuelo, Navegantes y en general los que desempeñan funciones en la cabina de mando en actividad aerocomercial, así como todos aquellos que las Leyes y Reglamentos pertinentes definan como tales y la Federación Ecuatoriana de Tripulantes Aéreos los reconozcan, de conformidad con lo que dispongan sus Estatutos y Reglamentos”.

El artículo 9 de la citada Ley de Ejercicio Profesional de Tripulantes Aéreos, dispone:

“Art. 9.- Se establece el derecho de los Tripulantes de Vuelo a que se contrate a favor de ellos al inicio de sus actividades profesionales el seguro de pérdida de Licencia, el mismo que tendrá un monto equivalente a un mínimo de tres años del mejor de su sueldo”.

La Codificación del Código Aeronáutico, en el Título IV, “Del Personal Aeronáutico”, en el Capítulo I, relacionado con el personal técnico aeronáutico, establece lo siguiente:

“Art. 67.- El personal técnico aeronáutico está constituido por los miembros de la tripulación y por el de tierra, encargado de cooperar en las maniobras de la aeronave”.

“Art. 68.- Los miembros del personal técnico aeronáutico deberán contar con licencias y certificados de aptitud expedidos por la Dirección General de Aviación Civil”.

“Art. 69.- La tripulación comprende todo el personal que presta servicios a bordo de la aeronave.

Son miembros de la tripulación:

1. El comandante de la aeronave o piloto al mando de la misma;
2. Los pilotos y copilotos, navegantes, mecánicos, radio-operadores; y,
3. Los auxiliares de a bordo”.

Como se observa de los artículos 67, 68 y 69 del Código Aeronáutico, el personal técnico aeronáutico, está constituido tanto por miembros de la tripulación como por personal de tierra, y a su vez, la tripulación está constituida por: 1) el personal de vuelo, que según el Art. 70 del citado Código “son aquellos miembros de la tripulación que prestan servicios esenciales para la operación de la aeronave, durante el vuelo”; y, 2) por los auxiliares a bordo, que según el Art. 71 del Código Aeronáutico, “son los tripulantes que atienden, no a la marcha del vuelo mismo, sino a los pasajeros y más tripulantes, y la carga o equipaje de la aeronave”.

Del análisis hasta aquí realizado, se desprende que según el Art. 1 de la Ley de Ejercicio Profesional de los Tripulantes de Vuelo del Ecuador, el cual establece que son tripulantes de vuelo protegidos por esa Ley, los Pilotos, Copilotos, Mecánicos

de Vuelo, Navegantes y “todos aquellos que las Leyes y Reglamentos pertinentes definan como tales”, también se aplica dicha Ley a los auxiliares y azafatas, en razón de que el Art. 69 del Código Aeronáutico, determina que la tripulación comprende todo el personal que presta servicios a bordo de la aeronave.

Para una mejor ilustración del término “tripulación”, citaremos la denominación establecida por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el cual la define como el “Conjunto de personas que van en una embarcación o en un aparato de locomoción aérea, dedicadas a su maniobra y servicio”.

Con respecto al auxiliar de vuelo, el mismo diccionario establece que es “la persona destinada en los aviones a la atención de los pasajeros y de la tripulación”.

Cabe tener presente que las funciones que realicen los miembros de una tripulación, deben estar debidamente reguladas y diferenciadas, como lo señala la Enciclopedia Jurídica Omeba en relación al personal aeronáutico, al establecer: “De ahí que sea necesario tener en cuenta que la prestación de los distintos servicios por los distintos miembros de una tripulación, asumen características propias y especiales, regulados por normas de leyes o reglamentos de cada Estado”.

Con respecto a las licencias, según la citada Enciclopedia Jurídica OMEBA, dicho término significa “la facultad o permiso para hacer una cosa, así como también el documento en que se hace constar la licencia”.

El Convenio de Aviación Civil Internacional, fue promulgado mediante Decreto Legislativo No. 000, publicado en el Registro Oficial No. 389 de 14 de diciembre de 1953 y ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 1110, publicado en el Registro Oficial No. 675 de 25 de noviembre de 1954, es decir, antes que la Ley de Ejercicio Profesional de los Tripulantes de Vuelo del Ecuador, que fue publicada en el Registro Oficial No. 892 de 9 de agosto de 1979. En dicho Convenio, con respecto a los documentos que deben llevarse a Bordo de las Aeronaves, prescribe el uso de licencias para todo el personal de la tripulación, al establecer lo siguiente:

“Art. 29.- Toda aeronave de un Estado contratante dedicada a la navegación internacional deberá, de conformidad con las condiciones prescritas en el presente Convenio, llevar a bordo la siguiente documentación:...c) Las licencias correspondientes a cada miembro de la tripulación”.

El Art. 32 del citado Convenio, relativo a las Licencias al Personal, dispone: “a) El piloto y los demás miembros de la tripulación de toda aeronave que se dedique a la navegación internacional deberán estar provistos de certificados de aptitud

y de licencias expedidas o convalidadas por el Estado donde la aeronave esté matriculada”.

Por su parte, mediante Resolución del Consejo de Aviación Civil No. 1, publicada en el Registro Oficial No. 186 de 4 de noviembre de 1997, se expidieron las “Definiciones y Abreviaturas de Aeronáutica Civil”, en la cual se define al Miembro de la Tripulación Auxiliar de abordaje, como el “Miembro de la Tripulación, portador de la correspondiente licencia, cuyas funciones se desarrollan en la cabina de pasajeros y están directamente relacionadas con la seguridad y bienestar de los pasajeros”.

En el Registro Oficial No. 190 de 10 de noviembre de 1997, el Consejo de Aviación Civil expidió la Resolución No. 063 que regula las Licencias para Miembros de la Tripulación de Vuelo de Aeronave, reformada por la Resolución del Consejo de Aviación Civil No. 159, publicada en el Registro Oficial No. 349 de 5 de septiembre de 2006 y reformada nuevamente mediante la Resolución No. 056, publicada en el Registro Oficial No. 172 de 15 de abril de 2010, en cuya Parte No. 063, referida a la “Licencia para miembros de la tripulación de vuelo que no sean pilotos”, Subparte A, en el ítem. 63.1, dispone:

“(a) Esta Parte regula el otorgamiento, renovación, convalidación, suspensión, cancelación de Licencias y Habilitaciones en la República del Ecuador para miembros de la tripulación de vuelo que no sean pilotos que se especifican a continuación:

- Navegante
- Mecánico de vuelo
- Auxiliar de cabina”.

De su parte, el ítem 63.11, de la referida Parte No. 063, relacionada a los auxiliares de cabina, establece:

“63.11 Auxiliares de cabina

El solicitante de la licencia de Auxiliar de Cabina deberá reunir los requisitos, respecto a edad, conocimientos, experiencia y pericia:

(a) Edad:

El solicitante tendrá como mínimo 18 años de edad y máxima la que permite el desempeño de sus funciones de manera segura y en caso de todas las facultades psicofísicas.

(b) Conocimientos:

El solicitante deberá poseer el título de bachiller o título equivalente y demostrará mediante la aprobación de un curso de instrucción reconocido, sus conocimientos sobre:

1) El Manual de Operaciones en sus aspectos generales de reglamentación y, especial, en lo que se refiere a:

- Obligaciones del personal auxiliar de cabina;
- Responsabilidad y autoridad del piloto al mando”.

Como se observa de los ítems 63.1, y 63.11 de la Parte No. 063 de la Regulación de la Dirección de Aviación Civil No. 063, publicada en el Registro Oficial No. 190 de 10 de noviembre de 1997, los auxiliares de cabina que no son pilotos deben portar una licencia para su habilitación, una vez cumplidos los requisitos ahí establecidos.

En el Suplemento del Registro Oficial No. 435 de 11 de enero de 2007, se expide la Codificación a la Ley de Aviación Civil, que en su Art. 6 numeral 3, letra g), ubicado en el Capítulo III, referido a la Dirección General de Aviación Civil, dispone como una atribución del Director General de Aviación Civil, la siguiente:

“g) Revocar, modificar o suspender en parte o totalmente, cualquier certificado, certificado de aeronavegabilidad, licencia de personal aeronáutico, certificado de transportador u operador aéreo, o certificado de cualquier aeropuerto, escuela u organización de mantenimiento aprobada, emitidos bajo esta Ley, si como resultado de cualquier reinspección o reexaminación, o si como resultado de cualquier otra investigación realizada por el Director, se determina que la seguridad de la aviación civil o del transporte aéreo comercial y el interés público lo requiere”.

De su parte, el numeral 11 del citado Art. 6 de la Codificación a la Ley de Aviación Civil, relativo a las atribuciones del Director General de Aviación Civil, con respecto a los certificados y licencias del personal aeronáutico, dispone lo siguiente:

11. Certificados/licencias del personal aeronáutico:

a) Emitir licencias de personal aeronáutico, especificando la capacidad en la cual sus poseedores estarán autorizados a servir como personal aeronáutico, después de verificar que tal persona posee las calificaciones apropiadas y se ha determi-

nado que es físicamente capaz para realizar las tareas y privilegios que le permite la licencia de personal aeronáutico; y,

b) Considerar que la emisión de un certificado o licencia de personal aeronáutico por parte de un estado extranjero que sea miembro de la Organización de Aviación Civil Internacional como evidencia satisfactoria, en todo o en parte, que el personal aeronáutico posee las calificaciones y habilidad física para ejecutar las tareas pertinentes a la función para la cual se busca la licencia de personal aeronáutico.

La licencia deberá contener términos, condiciones y demostración de suficiencia física y otras de importancia que el Director determine que sean necesarias para garantizar la seguridad de vuelo dentro de la aviación civil. Las licencias de personal aeronáutico y los certificados médicos deberán ser registrados por especialidad y clase.

El Director puede prohibir o restringir la emisión de licencias de personal aeronáutico a ciudadanos de países extranjeros, de la manera que juzgue apropiado, dependiendo de la verificación de los estándares bajo los cuales se emitió esa licencia o del convenio de reciprocidad con el estado extranjero.

Cada licencia de personal aeronáutico debe:

- i. Ser numerada y registrada por el Director;
- ii. Contener el nombre, dirección y descripción del titular; y,
- iii. Ser titulada con la designación de los privilegios autorizados para el personal aeronáutico".

Como se observa, por disposición del artículo 6, numerales 3 y 11 de la Codificación a la Ley de Aviación Civil, el Director de Aviación Civil, tiene como atribución el otorgar las licencias para el personal aeronáutico.

De lo expuesto se desprende que, en aplicación de los artículos 29 y 32 del Convenio de Aviación Civil Internacional del cual Ecuador es parte; 67, 68 y 69 del Código Aeronáutico; Art. 6 numeral 3, letra g) de la Codificación a la Ley de Aviación Civil; ítems 63.1 y 63.11 de la Resolución No. 063 de la Dirección General de Aviación Civil; y, de las "Definiciones y Abreviaturas de Aeronáutica Civil" de la Resolución No. 1 del Consejo Nacional de Aviación Civil, y del Art. 1 de la Ley de Ejercicio Profesional de los Tripulantes de Vuelo del Ecuador, las azafatas o auxiliares de cabina, al ser miembros de la tripulación, y estar obligados

a contar con una licencia, también se encuentran amparados por el artículo 9 de la Ley del Ejercicio Profesional de los Tripulantes de Vuelo del Ecuador, en cuanto a la obligación de contratar pólizas por pérdida de licencias para dicho personal.

OF. PGE. N°: 06119, de 26-01-2012

UNIVERSIDAD: CONCURSO PÚBLICO DE OPOSICIÓN Y MÉRITOS BAJO SU PROPIA NORMATIVA

ENTIDAD CONSULTANTE: UNIVERSIDAD POLITÉCNICA ESTATAL
DEL CARCHI

CONSULTAS:

1. “¿En virtud de la autonomía responsable de la que gozan las Instituciones de Educación Superior del Ecuador; es legal y procedente que las Universidades y Escuelas Politécnicas del país realicen mediante concurso público de oposición y méritos la incorporación de docentes, funcionarios, empleados y trabajadores bajo su propia normativa interna?”.

2. “¿El Sistema Informático Integrado del Talento Humano SIITH, elaborado por el Ministerio de Relaciones Laborales, es de obligatorio uso por parte de las Instituciones de Educación Superior para los procesos de incorporación de personal administrativo?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 228, 229, 355, 424 y 425.

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 3, 4, 5 lit. h), 86, 51 lit. lit. e) y 52 lits. e) y g); y, 118 lit. f), 133 y 134 de su Reglamento.

Ley Orgánica de Educación Superior Arts. 3, 5, 6, 12 16, 17, 18, 43, 70, 149, 150, 153, 169 lit. m) num. 4 y Dispos. Cuarta y Trans. Vigésima.

Código del Trabajo Art. 542 num. 1.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. En el oficio No. 131-UPEC-PG-2011 de 30 de noviembre de 2011 anexado a su oficio, el Procurador General de la Universidad Politécnica Estatal del Carchi manifiesta que dicha Entidad de Educación Superior, con fecha 12 de enero del 2011, aprobó el Reglamento del Sistema de Administración del Talento Humano,

en el cual consta la normativa que regula los procesos de concurso de méritos y oposición.

Expresa el Procurador General que la autonomía universitaria en base a la normativa prevista en los artículos 355 de la Constitución de la República y 12 de la Ley Orgánica de Educación Superior “es el fundamento y esencia de la existencia de las universidades en el ámbito administrativo, financiero y más aún en lo académico; el hecho de incorporar nuevo personal en el área administrativa es inherente a dicha autonomía, implica el respeto a la supremacía constitucional consagrada en los artículos 424 y 425 de la Carta Magna”.

Concluye el Procurador General manifestando que “la Universidad Politécnica Estatal del Carchi, se encuentra facultada para dirigir en base a la reglamentación interna, en forma independiente los concursos de méritos y oposición, debiendo para el efecto observarse en forma obligatoria que dichos concursos se realicen en forma abierta”.

A su oficio adjunta copia de la Resolución No. 002-CSUP-2011, de 12 de enero de 2011, la cual contiene el “Reglamento del Sistema de Administración del Talento Humano de la Universidad Politécnica Estatal del Carchi”.

En el oficio No. MRL-AJ-2011 3342 de 30 de diciembre de 2011, el Viceministro del Servicio Público hace referencia a los artículos 228, 229 y 326 numeral 16 de la Constitución de la República, relativos al ingreso al servicio público, la sujeción de los servidores públicos a las leyes que regulan la administración pública, como de los obreros del sector público al Código del Trabajo.

Menciona asimismo el Viceministro del Servicio Público, el artículo 355 de la Constitución de la República, por el cual el Estado reconoce a las universidades y escuelas politécnicas autonomía académica, administrativa, financiera y orgánica, acorde con los objetivos del régimen de desarrollo y los principios establecidos en la Constitución.

Además, el Viceministro del Servicio Público se refiere a los artículos 6, 18, 70, la Disposición Cuarta del Régimen de Transición y la Disposición Transitoria Vigésima de la Ley Orgánica de Educación Superior, así como los artículos 3, 5, 16 y 17 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 184 de su Reglamento General, relativos al régimen laboral y el ingreso del personal docente, administrativo y obrero a las Instituciones de Educación Superior, y concluye con el siguiente criterio: “Por tanto en las instituciones de educación superior estatales los concursos de merecimientos y oposición para técnicos docentes y administrativos deben someterse

a las normas de la LOSEP, su Reglamento General y la Norma del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal emitida por este Ministerio; para las y los profesores e investigadores hasta que se expida el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior se estará a la normativa que ha regulado estos procesos siempre y cuando no sean contradictorios a la Constitución y la Ley; y, las y los obreros públicos su vinculación se lo efectuará de acuerdo a las Normas del Código del Trabajo”.

De conformidad con el artículo 228 de la Constitución de la República, “El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción.

Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora”.

El artículo 229 de la referida Constitución determina que 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. Agrega que, “La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores. Las obreras y los obreros del sector público estarán sujetos al Código del Trabajo”.

De las disposiciones constitucionales citadas, se establece que el ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa, se debe realizar mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de los servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción; en tanto que, los obreros del sector público están sujetos y amparados por el Código del Trabajo.

Respecto de la “autonomía responsable de la que gozan las Instituciones de Educación Superior del Ecuador” mencionada en su consulta, el artículo 18 de la Ley Orgánica de Educación Superior prescribe que “La autonomía responsable que ejercen las universidades y escuelas politécnicas consiste en: ...d) La libertad para nombrar a sus autoridades, profesores o profesoras, investigadores o investigadoras, las y los servidores y las y los trabajadores, atendiendo a la alternancia y equidad de género, de conformidad con la Ley”.

En consecuencia de lo expuesto, la autonomía responsable atribuida por el citado artículo 18 de la Ley Orgánica de Educación Superior se circunscribe a la libertad para nombrar a sus autoridades, profesores, investigadores, servidores y trabajadores, de conformidad con la normativa prevista en la ley.

Respecto del régimen laboral de los docentes de las universidades y escuelas politécnicas públicas, el inciso segundo del artículo 70 de la referida Ley Orgánica dispone:

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

El artículo 149 de la citada Ley Orgánica establece que los profesores e investigadores serán: titulares, invitados, ocasionales u honorarios; y agrega que, los profesores titulares podrán ser principales, agregados o auxiliares, cuyos requisitos y sus respectivos concursos, se regularán en el reglamento del sistema de carrera del profesor e investigador.

El artículo 150 de la mencionada Ley Orgánica contempla entre los requisitos para ser profesor titular principal de una universidad o escuela politécnica pública o particular del sistema de Educación Superior: “...c) Ser ganador del correspondiente concurso público de merecimientos y oposición”; en tanto que los profesores titulares agregados o auxiliares deberán contar como mínimo con título de maestría afín al área en la que ejercerán la cátedra y cumplir los demás requisitos que se establezca en el reglamento respectivo.

Por su parte, el artículo 153 de la mencionada Ley Orgánica dispone que los requisitos para ser profesor invitado, ocasional u honorario serán establecidos en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior.

Conforme al artículo 169 letra m) numeral 4 de la Ley Orgánica de Educación Superior, es atribución y deber del Consejo de Educación Superior, en ámbito de esa Ley, aprobar el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigados del Sistema de Educación Superior.

De las disposiciones antes referidas de la Ley Orgánica de Educación Superior, se desprende que el ingreso del personal docente titular, invitado, ocasional u honorario de las universidades y escuelas politécnicas, se rige por dicha Ley Orgánica y el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior que debe ser aprobado por el Consejo de Educación Superior.

Se deberá tomar en cuenta que, respecto del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, la Disposición Transitoria Vigésima de la Ley Orgánica de Educación Superior dispone al Consejo de Educación Superior para que en el plazo de ciento ochenta días a partir de su constitución, expida dicho mencionado reglamento, que regule el ingreso, promoción, estabilidad, escalafón, evaluación, cesación y jubilación de dicho personal.

Adicionalmente a lo expuesto, la Disposición Cuarta del Régimen de Transición de la indicada Ley Orgánica dispone que hasta que se aprueben los reglamentos previstos en la presente ley, seguirá en vigencia la normativa que regula el sistema de educación superior, en todo aquello que no se oponga a la Constitución y esta Ley.

En el caso en análisis, mediante Resolución No. 20 de 24 de julio de 1996, el ex Consejo Nacional de Universidades y Escuelas Politécnicas, CONESUP, expidió el “Reglamento de Escalafón de Educación Universitaria y Politécnica”, aplicable para todas las universidades y escuelas politécnicas del país.

En consecuencia, hasta tanto el Consejo de Educación Superior expida el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, el ingreso del personal docente a las universidades y escuelas politécnicas deberá sujetarse a la normativa que regula el sistema de educación superior, como es el “Reglamento de Escalafón de Educación Universitaria y Politécnica” expedido por el ex CONESUP, en todo aquello que no se oponga a la Constitución y la Ley Orgánica del Sistema de Educación Superior, por así disponerlo la Disposición Cuarta del Régimen de Transición de la referida Ley Orgánica.

Con relación a los servidores públicos administrativos de las Universidades y Escuelas Politécnicas públicas, el inciso primero del artículo 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior dispone que: “El personal de las instituciones y organismos públicos del Sistema de Educación Superior son servidores públicos, cuyo régimen laboral se regirá por la Ley de Servicio Público de conformidad con las reglas generales”.

El artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, prescribe que sus disposiciones son de aplicación obligatoria en materia de recursos humanos y remuneraciones en toda la administración pública que comprende: "...3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado"; entre las cuales se encuentran las universidades y escuelas politécnicas.

El artículo 5 letra h) de la LOSEP contempla entre los requisitos para el ingreso al servicio público: "Haber sido declarado triunfador en el concurso de méritos y posición, salvo en los casos de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción".

En este sentido, el artículo 86 de la mencionada LOSEP dispone que para el ingreso de los servidores a la carrera del servicio público, además de cumplir con los requisitos previstos en esta Ley, se requiere: "...b) Haber sido declarado ganador del concurso de méritos y oposición".

De las disposiciones antes referidas se establece que el personal administrativo de las universidades y escuelas politécnicas públicas, está sujeto a las disposiciones de la Ley Orgánica del Servicio Público

Además de lo expuesto, se deberá tomar en cuenta la "Norma del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal" emitido por el Ministerio de Relaciones Laborales, el cual contiene el procedimiento para la incorporación y selección del personal idóneo para ocupar un puesto en el sector público.

En consecuencia del análisis que antecede, se establece que de conformidad con el artículo 228 de la Constitución de la República y los artículos 5 letra h) y 86 de la Ley Orgánica del Servicio Público, el ingreso al servicio público y por tanto a la carrera administrativa, se realiza mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de los servidores de elección popular o de libre nombramiento y remoción; en tanto que conforme al artículo 18 de la Ley Orgánica de Educación Superior, se reconoce la autonomía responsable de las universidades y escuelas politécnicas para nombrar a sus autoridades, profesores e investigadores, de acuerdo con el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior que deberá expedir el Consejo de Educación Superior, conforme lo dispone el artículo 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, se concluye que, con excepción de los servidores de libre nombramiento y remoción, las universidades y escuelas politécnicas del país deben incorporar a su personal docente mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que contemple el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior; en tanto que el ingreso del personal administrativo estará sujeto a la normativa prevista en los artículos 5 letra h) y 86 de la Ley Orgánica del Servicio Público y la “Norma del Subsistema de Reclutamiento y Selección del Personal” emitido por el Ministerio de Relaciones Laborales.

En cuanto a los trabajadores de las universidades y escuelas politécnicas, el Viceministro del Servicio Público en el oficio No. MRL-AJ-2011 de 30 de diciembre de 2011 manifiesta que, respecto de los obreros públicos “su vinculación se lo efectuará de acuerdo a las normas del Código del Trabajo”.

El inciso tercero del artículo 229 de la Constitución de la República dispone que: “Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código del Trabajo”.

En este sentido, el inciso primero del artículo 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior dispone que los obreros se regulan por el Código del Trabajo.

Asimismo, el artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público dispone que los trabajadores del sector público estarán sujetos al Código del Trabajo.

Por tanto, en atención a su consulta se concluye que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 229 de la Constitución de la República, 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior y 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público, los trabajadores de las Universidades y Escuelas Politécnicas están sujetos al Código del Trabajo.

En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del Art. 542 del Código del Trabajo, cualquier consulta respecto de los trabajadores de las Universidades y Escuelas Politécnicas deberá ser absuelta por el respectivo Director Regional de Trabajo.

2. En el oficio No. MRL-AJ-2011 3342 de 30 de diciembre de 2011, el Viceministro del Servicio Público menciona el artículo 51 letra e) de la Ley Orgánica del Servicio Público, relacionado con la competencia del Ministerio de Relaciones Laborales para elaborar y mantener actualizado el Sistema Nacional de Información y el registro de todos los servidores y obreros del sector público, así como

el 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; y cita así mismo, el artículo 52 letras e) y g) de dicha Ley Orgánica, por el cual las Unidades de Administración del Talento Humano tienen atribuciones y responsabilidades para administrar el Sistema Integrado de Desarrollo Institucional, Talento Humano y Remuneraciones; así como, mantener actualizado y aplicar obligatoriamente el Sistema Informático Integrado del Talento Humano y Remuneraciones elaborado por el Ministerio de Relaciones Laborales.

Concluye el Viceministro del Servicio Público manifestando lo siguiente:

“En consecuencia la Universidad Politécnica Estatal del Carchi está en la obligación de aplicar el Sistema Integrado de Desarrollo Institucional, Talento Humano y Remuneraciones; y, mantener actualizado y aplicar el Sistema Informático Integrado de Talento Humano y Remuneraciones elaborado por el Ministerio de Relaciones Laborales.

La Unidad de Administración del Talento Humano o quien hiciere sus veces de la Universidad, tiene la responsabilidad de remitir a éste Ministerio la información relacionada con la certificación de calidad del servicio, la administración y el desarrollo del talento humano, remuneraciones e ingresos complementarios, por intermedio del Sistema Informático Integrado de Talento Humano y Remuneraciones, sin perjuicio de aquella que le sea solicitada por ésta Cartera de Estado, la cual deberá ser entregada en un plazo máximo de hasta veinte días, todo aquello como lo dispone el artículo 118 letra f) del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público”.

El artículo 43 de la Ley Orgánica de Educación Superior establece que las instituciones que conforman el Sistema de Educación Superior, en cumplimiento de la Ley, obligatoriamente deberán publicar en su portal electrónico las remuneraciones de sus autoridades, profesores, investigadores, servidores y trabajadores; información que se integrará de manera obligatoria al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador.

La Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, en el artículo 51 establece que el Ministerio de Relaciones Laborales tendrá competencias para: “...e) Elaborar y mantener actualizado el Sistema Nacional de Información y el registro de todas las servidoras, servidores, obreras y obreros 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”.

Por su parte, el artículo 52 de la LOSEP dispone que las Unidades de Administración del Talento Humano, ejercerán atribuciones y responsabilidades para: "...e) Administrar el Sistema Integrado de Desarrollo Institucional, Talento Humano y Remuneraciones;...g) Mantener actualizado y aplicar obligatoriamente el Sistema Informático Integrado del Talento Humano y Remuneraciones elaborado por el Ministerio de Relaciones Laborales".

El artículo 133 del Reglamento General a la LOSEP establece que el Ministerio de Relaciones Laborales implementará un sistema informático integrado de talento humano y remuneraciones, que estará integrado por los módulos de gestión, de certificación de calidad del servicio, de talento humano y de remuneraciones e ingresos complementarios, movimientos de personal, identificación de personas inhabilitadas para desempeñar un puesto público, catastro integral y otros que se establezcan, para lo cual emitirá la norma técnica. Agrega que, la responsabilidad de la información registrada en este sistema será estrictamente de la Unidad de Administración del Talento Humano de las instituciones, cuya inobservancia y/o violación conllevará responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiere lugar.

El artículo 134 del citado Reglamento dispone que las instituciones comprendidas en el artículo 3 de la LOSEP (entre las cuales se encuentran las universidades y escuelas politécnicas) "tendrán la obligación de registrar en el Sistema Informático Integrado del Talento Humano y Remuneraciones, administrado por el Ministerio de Relaciones Laborales, la información relacionada con los movimientos de personal del talento humano de su institución, al momento de realizado el acto administrativo y sus remuneraciones".

Del artículo 51 letra e) de la Ley Orgánica del Servicio Público, se establece que el Ministerio de Relaciones Laborales tiene competencia para elaborar y mantener actualizado el Sistema Nacional de Información y el registro de todos los servidores y obreros del sector público; y conforme al artículo 52 letras e) y g) de la referida LOSEP, son atribuciones y responsabilidades de las Unidades de Administración del Talento Humano, administrar el Sistema Integrado de Desarrollo Institucional, Talento Humano y Remuneraciones; así como, mantener actualizado y aplicar obligatoriamente el Sistema Informático Integrado del Talento Humano y Remuneraciones elaborado por el Ministerio de Relaciones Laborales.

En virtud de lo expuesto se concluye que, las Instituciones de Educación Superior deben usar y aplicar de manera obligatoria el Sistema Integrado de Desarrollo Institucional, Talento Humano y Remuneraciones, así como mantener actualiza-

do y aplicar el Sistema Informático Integrado del Talento Humano y Remuneraciones elaborado por el Ministerio de Relaciones Laborales, por así disponerlo la letra g) del artículo 52 de la Ley Orgánica del Servicio Público LOSEP.

OF. PGE. N°: 06643, de 27-02-2012

VACACIONES NO GOZADAS: LIQUIDACIÓN PARA EL PAGO

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN SAN PEDRO

CONSULTA:

“Al no solicitar por escrito las vacaciones que por Ley le correspondía y le corresponde; y, al no haber gozado de las mismas durante los dos períodos: ¿Tiene derecho a que se les pague de acuerdo al Art. 8 del Mandato Constituyente 2?; o, ¿Tiene derecho a que sus vacaciones sean pagadas en compensación a los años que no gozó de las mismas?”.

BASES LEGALES:

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 317 y 357.

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 23 lit. g) y 47.

LOSCCA Art. 25 lit. g), 32 y 50 (derogada); y, 36, 38 y Disp. Gen. Octava de su Reglamento (derogado).

Ley Orgánica de Régimen Municipal Art. 81 (derogada).

Mandato Constituyente N° 2 Art. 8.

PRONUNCIAMIENTO:

En el oficio de consulta se expresa que “El señor Secretario nunca ha requerido vacaciones por escrito, tampoco existe documento alguno de la Unidad de Talento Humano en el que señale que haya dejado de asistir a sus labores diarias, con lo que se determina que durante el período 2005-2009, ha cumplido con sus obligaciones sin hacer uso de éste derecho. Culinado el período, no ha recibido liquidación alguna por este concepto”.

En el nuevo período (2009-2014), ha sido nombrado nuevamente en el cargo de Secretario del Concejo Municipal; tiempo en el que, hasta la presente fecha, tampoco ha gozado de vacaciones”.

Al oficio de consulta se anexa el criterio del Procurador Síndico del Cantón San Pedro de Pelileo, quien, con fundamento en el Art. 229 de la Constitución de la República, manifiesta que los derechos de los servidores y servidoras públicas son irrenunciables. En el mencionado informe, se agrega que “Existiendo pronunciamiento sobre el tema por parte de la Procuraduría General del Estado, publicado en el Registro Oficial No. 633 del 14 de julio de 2011; y, pronunciamiento de la misma Procuraduría, publicado en el Registro Oficial No. 69, del 18 de noviembre de 2009; considero que sí es procedente el pago por las vacaciones no gozadas, esto es del período 2005-2009; y, no el pago de indemnización conforme al Art. 8 del Mandato Constituyente 2”.

Del oficio de consulta se desprende que en el primer periodo en el cual el Secretario del Municipio de Pelileo ejerció sus funciones, (2005-2009), no hizo uso del derecho a gozar de sus vacaciones, y tampoco fue indemnizado por dicho concepto.

Conforme a la fecha del primer período de funciones del Secretario del Municipio de Pelileo (2005-2009), se encontraba vigente la Codificación a la Ley Orgánica de Régimen Municipal, que con respecto al Secretario del Consejo, disponía en el Art. 81, que aquel era designado por el concejo de una terna de fuera de su seno, presentada por el Alcalde, y sus atribuciones eran las ahí establecidas.

El último inciso del artículo 81 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, disponía que el tiempo de duración del cargo de secretario, “no excederá de la fecha en la cual el alcalde termine sus funciones, pudiendo ser reelegido”.

El vigente Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, dispone también en los artículos 317, segundo inciso; y 357, primer inciso, que el Secretario del Concejo Municipal es elegido de fuera del seno del concejo, de una terna presentada por el ejecutivo del respectivo gobierno autónomo, y que será responsable de dar fe de las decisiones y resoluciones que adopten los órganos de legislación de cada nivel de gobierno.

De los artículos citados se desprende que los Secretarios de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales han sido y son funcionarios públicos elegidos para un período fijo, esto es, hasta la culminación del período del Alcalde; por lo tanto, gozan del derecho a vacaciones, licencias, comisiones y permisos, de conformidad con el Art. 23, letra g) de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP.

La derogada Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA,

vigente también a la fecha del primer período de funciones del Secretario del Municipio de Pelileo, disponía en su Art. 25, letra g), como un derecho de los servidores públicos, el “Disfrutar de treinta días de vacaciones anuales pagadas después de once meses, por lo menos, de servicio continuo”, y prohibía en forma expresa que ese derecho pudiera ser compensado en dinero, estableciendo como única excepción, el caso de cesación de funciones del servidor, evento en el que la misma norma disponía que: “se liquidarán las vacaciones no gozadas conforme al valor percibido o que debió percibir por su última vacación”.

En concordancia, el artículo 38 del Reglamento de la LOSCCA, establecía que: “Cuando el servidor que cesa en funciones, no hubiere cumplido once meses de servicio, percibirá por tal concepto la parte proporcional al tiempo efectivamente laborado”.

El artículo 36 del citado Reglamento de la LOSCCA, determinaba que las vacaciones se concederían en la fecha prevista en el calendario y que únicamente la autoridad competente, por razones de servicio y de común acuerdo con el servidor, podría suspenderlas o diferirlas para otra fecha dentro del mismo período.

En concordancia, la Disposición General Octava de dicho Reglamento reguló la programación de vacaciones y su autorización en uno o máximo dos períodos durante el ejercicio económico.

Mediante oficio circular No. D-SENRES-2009-0004730 de 22 de junio de 2009, que consta en los archivos de este Organismo, la SENRES determinó que: “En caso de cesación de funciones de un servidor que no hubiere tomado sus vacaciones dentro del período legalmente establecido para hacerlo, se le liquidarán las mismas, más el proporcional que le corresponda por los días de labores del siguiente período, período que no será considerado como acumulación de vacaciones, puesto que todavía no se han cumplido los once meses de labores continuas, con lo cual como máximo y dependiendo del caso, percibiría el pago de hasta 60 días por concepto de vacaciones no gozadas”.

De las normas citadas se desprende que durante la vigencia de la LOSCCA, los servidores públicos tuvieron derecho a gozar de 30 días de vacaciones anuales, luego de once meses de labor; dichas vacaciones debían ser concedidas por la autoridad competente, pudiendo ser suspendidas o diferidas por razones de servicio, para una fecha posterior, pero dentro del mismo período, pues esa Ley no preveía la posibilidad de acumular vacaciones, como lo admitía en forma expresa el artículo 50 de la anterior Codificación de Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, publicada en el Registro Oficial No. 574 de 26 de abril de 1978.

La derogada LOSCCA limitó el goce del derecho a vacaciones a treinta días anuales luego de cada once meses de labor, según la letra g) de su artículo 25; y, prohibió la compensación en dinero de las vacaciones no gozadas; la misma norma autorizó como única excepción, la compensación en dinero por las vacaciones no gozadas, en caso de que el servidor cesare definitivamente en sus funciones.

En consecuencia, las vacaciones no gozadas cuya compensación en dinero permitía la LOSCCA, son aquellas a las que el servidor cesante tuvo derecho, de conformidad con la letra g) del artículo 25 de la derogada LOSCCA, esto es hasta treinta días, que se hubieren generado después de once meses continuos de labor, pero que el servidor no pudo tomar por negativa proveniente de autoridad competente, motivada en necesidades del servicio.

Sin embargo, si la cesación del servidor se hubiere producido en el decurso del período anual de labor, el artículo 38 del Reglamento a la LOSCCA, previó que el servidor percibirá por tal concepto la parte proporcional al tiempo efectivamente laborado. La aplicación de esta norma reglamentaria podría dar lugar en la práctica a que la compensación por vacaciones no gozadas en caso de cesación del servidor, pueda incluir hasta 30 días correspondientes al período anual devengado, más la parte proporcional del nuevo período laborado, sin que ello implique acumulación de vacaciones.

A manera de ejemplo, si un servidor ingresó a laborar en el mes de enero, los once meses continuos de trabajo se cumplirían al finalizar noviembre, momento en que se genera el derecho a treinta días de vacaciones correspondientes a ese período anual. El goce del derecho a vacaciones, podría haberlo ejercido desde el mes siguiente a aquel en que se genera el derecho, en el ejemplo diciembre y hasta antes de concluir el siguiente período de labor en que se genera nuevamente el derecho a vacaciones, esto es noviembre del año siguiente; sin embargo, si la cesación del servidor se hubiera producido en ese último período, tendría derecho a que se le compensen en dinero las vacaciones no gozadas por el período anual en que se generó el derecho y la parte proporcional por el período en curso, sin que esto constituya acumulación de vacaciones.

Por tanto, si la cesación del servidor se ha producido durante la vigencia de la LOSCCA, la liquidación de haberes podrá incluir vacaciones no gozadas, hasta por treinta días correspondientes al último período de labor, de conformidad con el artículo 25 letra g) de la LOSCCA, así como la parte proporcional del nuevo período laborado, según el artículo 38 de la LOSCCA, sin que ello implique acumulación de vacaciones y en ningún caso iguale o supere los 60 días.

De su parte, el artículo 29 de la vigente Ley del Servicio Público, dispone:

“Toda servidora o servidor público tendrá derecho a disfrutar de treinta días de vacaciones anuales pagadas después de once meses de servicio continuo. Este derecho no podrá ser compensado en dinero, salvo en el caso de cesación de funciones en que se liquidarán las vacaciones no gozadas de acuerdo al valor percibido o que debió percibir por su última vacación. Las vacaciones podrán ser acumuladas hasta por sesenta días”.

En concordancia, el artículo 32 de la ley *ibidem* prevé para el evento de servidores que han hecho uso de licencias con o sin remuneración, que las vacaciones se podrán acumular hasta por dos períodos.

Sobre dicha base normativa, en pronunciamiento contenido en oficio No. 17303 de 27 de octubre de 2010, la Procuraduría General del Estado ha concluido que a partir de la promulgación de la Ley Orgánica del Servicio Público “tanto el ejercicio efectivo del derecho a vacaciones, como su compensación en dinero en el evento de cesación del servidor público, por cualquiera de los casos previstos en el artículo 47 de la Ley Orgánica de Servicio Público, proceden hasta por sesenta días”.

En cualquiera de los casos, procede la compensación en dinero por concepto de vacaciones no gozadas, únicamente cuando se produce la cesación definitiva del servidor y no ha hecho uso al derecho de vacaciones, previamente establecidas en el calendario que al efecto haya elaborado la respectiva Unidad de Recursos Humanos y se deba a necesidades del servicio que hayan sido suspendidas por la máxima autoridad o su delegado.

Con respecto al Art. 8 del Mandato Constituyente No. 2, enunciado en el oficio de consulta, dicho artículo estableció de manera general límites mínimos y máximos para el pago de indemnizaciones, en dos casos, a) cuando la entidad proceda a la supresión de puestos o partidas; y b) cuando el servidor presente su renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación; situaciones que no proceden en el caso consultado.

En todo caso, la liquidación por vacaciones no gozadas durante el primer período de funciones del Secretario del Municipio de San Pedro de Pelileo, (2005-2009) por haber cesado en sus funciones por culminación de su período, es de exclusiva responsabilidad de la entidad consultante.

Con relación al pago por concepto de vacaciones no gozadas, esta Procuraduría se ha pronunciado mediante oficios Nos. 17860 de 9 de diciembre de 2010 y

04624 de 8 de noviembre de 2011, dirigidos al Ministro de Relaciones Laborales y al Alcalde del Cantón Santa Rosa, respectivamente, en los cuales se analiza el marco jurídico referido a las vacaciones de los servidores públicos, previsto tanto en la derogada Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa LOSCCA como en la Ley Orgánica del Servicio Público LOSEP.

OF. PGE. N°: 06522, de 17-02-2012

VOCAL DE JUNTA PARROQUIAL: JUBILACIÓN OBLIGATORIA –PAGO DE REMUNERACIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: JUNTA PARROQUIAL DE BACHILLERO

CONSULTAS:

1. “Puede seguir ejerciendo el cargo de vocal la Señora Mariana Vera Luque luego de haberse acogido a la jubilación obligatoria?”.
2. “En el evento de que pueda ejercer el cargo, ¿puede cobrar la remuneración de esta entidad del sector público?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 61 nums. 1 y 7.
Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 329 y 358.

Ley Orgánica de Servicio Público Art. 129.

Mandato Constituyente N° 2 Art. 8.

D. E. N° 17012, R.O. N° 123 de 4-02-2010 num. 1.1.1.4.

D. E. N° 225, R. O. N° 592 de 18-05-2009 Disp. Trans. Segunda.

A. N° MRL 2011-00183 R.O. N° 505 de 3-08-2011 Arts. 2 y 4.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. De la copia del aviso de desahucio solicitado por la señora Mariana del Jesús Vera Luque ante la Inspectoría Provincial de Trabajo de Manabí el 30 de septiembre de 2011, se desprende lo siguiente: “Vengo laborando en el SCS Bachillero del Área de Salud No. 6, desde el año 1969 cumpliendo hasta la fecha 42 años de servicio en forma continua e ininterrumpida, razón por la cual estoy apta para requerir la Jubilación Patronal con una pensión mensual hasta mi muerte y

al pago de lo que determina la cláusula Décima Primera del Décimo Contrato Colectivo de Trabajo que dice: 'Un trabajador que se acoja a la jubilación por el IESS...el Ministerio de Salud Pública, pagará una bonificación equivalente a siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta un monto máximo de Doscientos Diez (210) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado en total, teniendo como fundamento lo establecido en el Artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2”.

La copia de la Boleta expedida por la Inspectoría Provincial del Trabajo de Portoviejo de fecha 30 de septiembre de 2011, indica lo siguiente: “Avoco conocimiento en el presente del trámite de DESAHUCIO No. 5942 presentado por la Sra. MARIANA DE JESÚS VERA LUQUE en calidad de AUXILIAR DE ENFERMERÍA en contra de la DRA. MERCEDES NARCISA POVEDA ROSALES en su calidad de DIRECTORA Y REPRESENTANTE LEGAL DEL ÁREA DE SALUD No. 6 – HOSPITAL ‘DR: ANÍBAL GONZÁLEZ ALAVA’ – CALCETA, el mismo que por reunir los requisitos de ley, se acepta al trámite”. En dicha boleta se dispone al empleador “la obligación que tiene de consignar dentro de los QUINCE DÍAS los valores correspondientes a la bonificación que serán liquidadas, conforme lo determina el Art. 185 del Código del Trabajo”.

Conforme a la copia de la Acción de Personal No. 2011-UATH-JSA6-218 de 30 de septiembre de 2011, la Dirección Provincial de Salud de Manabí resuelve: “DECLARAR LA CESACIÓN DEFINITIVA DE FUNCIONES POR RENUNCIA VOLUNTARIA DE LA SEÑORA LIC. MARIANA DEL JESÚS VERA LUQUE, OCUPANTE DEL PUESTO QUE SE EXPLICA EN EL CASILLERO No. 7, POR ACOGERSE A LA JUBILACIÓN POR PARTE DEL IESS Y AGRADECERLE POR LOS SERVICIOS PRESTADOS A LA INSTITUCIÓN”.

De la copia del Aviso de Salida emitido por el Área de Salud del IESS No. 6 de Calceta de fecha 3 de octubre de 2011, se establece que la señora Mariana del Jesús Vera Luque renuncia voluntariamente “PARA ACOGERSE AL BENEFICIO DE LA JUBILACIÓN”.

En el Memorando Institucional de fecha 31 de octubre de 2011 anexado a su oficio, el Asesor Jurídico de la Asociación de Gobiernos Parroquiales Rurales de Manabí manifiesta que en ejercicio de los derechos de elegir y ser elegidos y de desempeñar empleos y funciones públicas contenidos en los numerales 1 y 7 del artículo 61 de la Constitución de la República, la ciudadana “Mariana Vera Lucas (sic) participó y fue electa para integrar el gobierno parroquial de Bachillero. De acuerdo con la convocatoria a elecciones y posterior nombramiento emitido por

la Junta Electoral de Manabí, ella fue electa para ejercer la función de vocal principal del gobierno parroquial de Bachillero hasta el 14 de agosto del 2014. Conforme con esa garantía constitucional, la vocal Mariana Vera Lucas (sic) debe ejercer su mandato hasta el 14 de agosto del 2014, salvo revocatoria de mandato que se ejecute conforme a la Ley o que sea sujeto de remoción por parte de la Junta en base a las facultades y circunstancias determinadas para el efecto. Si ninguna de éstas circunstancias existen, deberá ejercer su mandato hasta la finalización del período para el cual fue electa el pasado 14 de junio del 2009”.

En cuanto a la jubilación, el Asesor Jurídico de la referida Asociación de Gobiernos Parroquiales Rurales, hace mención del artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, el cual está referido al beneficio por jubilación de los servidores públicos sujetos a esa ley, y concluye manifestando que de lo expuesto en la citada norma legal “la vocal Mariana Vera Lucas (sic), puede ejercer su función en el gobierno parroquial, con derecho a la remuneración y pago de los aportes correspondientes al IESS, exceptuando a su favor el derecho a volver a recibir pensiones por jubilación”.

En relación con el beneficio por jubilación previsto en artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, mencionado por el Asesor Jurídico de la Asociación de Gobiernos Parroquiales Rurales de Manabí en el Memorando de 31 de octubre de 2011 antes referido, debo manifestarle que dicho beneficio es aplicable a los servidores públicos sujetos a esa Ley, mas no a los trabajadores sujetos al Código del Trabajo, como es el caso que motiva su consulta, en base al siguiente análisis:

La ex servidora señora Mariana Vera Luque, que laboró en calidad de auxiliar de enfermería en el Área de Salud No. 6 de Calceta y cesó en sus funciones por renuncia voluntaria mediante Acción de Personal No. 2011-UATH-JSA6-218 de 30 de septiembre de 2011, no estuvo sujeta a la Ley Orgánica del Servicio Público y por ende al beneficio de jubilación contemplado en su artículo 129, sino al Código de Trabajo, puesto que el Decreto Ejecutivo No. 225 expedido el 18 de enero de 2010, (reformatorio del Decreto Ejecutivo No. 1701, que contiene los criterios para regular la contratación colectiva en el sector público), en el numeral 1.1.1.4 dispone: “Por la naturaleza de las actividades que realizan, son trabajadores sujetos al Código del Trabajo: conserjes, auxiliares de enfermería, auxiliares de servicios, telefonistas, choferes, operadores de maquinaria y equipo pesado e industrial, ayudantes de las categorías indicadas en este numeral, guardias, personal de limpieza, mensajeros, técnicos en relación a las actividades descritas en

este párrafo, recaudadores de recursos económicos del sistema de transporte y otros de similar naturaleza”.

Conforme a la Disposición Transitoria Segunda del mencionado Decreto Ejecutivo No. 225, sus disposiciones entraron en vigencia a partir de su expedición, esto es, el 18 de enero de 2010.

En consecuencia de lo expuesto se desprende que, a partir del 18 de enero de 2010 en que entró en vigencia el citado Decreto Ejecutivo No. 225, las auxiliares de enfermería, como es el caso de la ex servidora que laboró en calidad de auxiliar de enfermería en el Área de Salud No. 6 de Calceta, pasó a ser considerada como trabajadora sujeta al Código del Trabajo.

Por tanto, en el caso que motiva su consulta, desde el 18 de enero de 2010, así como a la fecha de su renuncia voluntaria como auxiliar de enfermería en el Área de Salud No. 6 de Calceta contenida en la Acción de Personal No. 2011-UATH-JSA6-218 de 30 de septiembre de 2011 antes referida, la ex servidora señora Mariana Luque Vera se encontraba sujeta al Código del Trabajo y no a la Ley Orgánica del Servicio Público.

El Mandato Constituyente No. 2 mencionado por la ex servidora en su solicitud de desahucio, en el inciso primero estableció que “El monto de la indemnización, por supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación, de los funcionarios, servidores públicos y personal docente del sector público, con excepción del perteneciente a las Fuerzas Armada y la Policía Nacional, será de hasta siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado en total”.

Téngase en cuenta que dicha disposición fue aplicable a los servidores públicos sujetos a la derogada LOSCCA y no a los trabajadores sujetos al Código del Trabajo, como es el caso que motiva su consulta.

Por su parte, el inciso segundo del referido artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2 (aplicable a los trabajadores sujetos al Código del Trabajo) establece que, salvo en el caso de despido intempestivo “las indemnizaciones por supresión de puesto o terminación de relaciones laborales del personal de las instituciones contempladas en el artículo 2 de este Mandato, acordadas en contratos colectivos, actas transaccionales, actas de finiquito y cualquier otro acuerdo bajo cualquier denominación, que estipule pago de indemnizaciones, bonificaciones o contribuciones por terminación de cualquier tipo de relación individual de traba-

jo, será de siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta un monto máximo de doscientos diez (210) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado en total”.

El inciso tercero del artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2 antes referido determina que: “Todos los funcionarios, servidores públicos, personal docente y trabajadores del sector público que se acojan a los beneficios de las indemnizaciones o bonificaciones indicadas en el presente artículo, no podrá reingresar al sector público, a excepción de las dignidades de elección popular o aquellos de libre nombramiento”.

El artículo 329 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, no contempla dentro de las prohibiciones por incompatibilidad e inhabilidad para el ejercicio de las funciones de los miembros de los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados, a aquellos que se hayan acogido a la jubilación por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Por tanto, teniendo en cuenta que de conformidad con el inciso tercero del artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2, los trabajadores del sector público que se acojan a los beneficios de las indemnizaciones o bonificaciones señaladas en dicha disposición, no pueden reingresar al sector público, a excepción de las dignidades de elección popular o aquellos de libre nombramiento y remoción; y que el artículo 329 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización no contempla a los jubilados del IESS dentro de las prohibiciones por incompatibilidad e inhabilidad para ejercer las funciones de miembro de los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados, se concluye que la ex servidora Mariana del Jesús Vera Luque, que recibió el beneficio previsto en el contrato colectivo, luego de haberse acogido a la jubilación del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, puede continuar ejerciendo el cargo de vocal de la Junta Parroquial de Bachillero.

2. En el Memorando Institucional de 31 de octubre de 2011 adjuntado a su oficio, el Asesor Jurídico de la Asociación de Gobiernos Parroquiales Rurales de Manabí hace referencia a los artículos 66 numeral 17 y 326 numeral 4 de la Constitución de la República, así como al artículo 104 de la Ley Orgánica del Servicio Público, los cuales se relacionan con el derecho a la libertad de trabajo y al principio de que a igual trabajo corresponderá igual remuneración; y concluye manifestando que “si la vocal Mariana Vera Lucas (sic) tiene garantizado su derecho a ejercer la vocalía del gobierno parroquial debe reconocérsele la remuneración que le corresponde como un derecho”.

El inciso primero del artículo 358 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, establece que los miembros de los órganos legislativos de los gobiernos regionales, metropolitanos, municipales y parroquiales rurales “percibirán la remuneración mensual que se fije en acto normativo o resolución, según corresponda al nivel de gobierno. En ningún caso la remuneración mensual será superior al cincuenta por ciento (50%) de la remuneración del ejecutivo del respectivo nivel de gobierno, y se deberá considerar irrestrictamente la disponibilidad de recursos. En el caso de los vocales de los gobiernos parroquiales rurales este porcentaje no podrá ser superior al treinta y cinco por ciento (35%)”.

Con respecto a las remuneraciones de los vocales de las juntas parroquiales, esta Procuraduría se ha pronunciado en oficios Nos. 02149 de 8 de junio de 2011 y 02257 de 13 de junio de 2011, dirigidos a los Presidentes de las Juntas Parroquiales de Virgen de Fátima y Molleturo, en su orden.

Concordante con lo expuesto, el Ministro de Relaciones Laborales expidió el Acuerdo No. MRL 2011-00183, que en el artículo 2 se fija la tabla correspondiente a los pisos y techos de las remuneraciones mensuales unificadas de los ejecutivos de los gobiernos parroquiales rurales; y en su artículo 4 determina lo siguiente: “Para los puestos de vocales de las juntas parroquiales rurales, el techo de su remuneración mensual unificada, en ningún caso se fijará en un valor superior al 35% de la remuneración mensual unificada que perciba la o el ejecutivo de su respectiva junta parroquial, conforme a la tabla descrita en el artículo 2”.

En consecuencia de lo expuesto, teniendo en cuenta que de conformidad con el artículo 358 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, los miembros de los gobiernos regionales, metropolitanos, municipales y parroquiales rurales percibirán la remuneración mensual que fijen dichos gobiernos, la que no podrá superar el 35% de la remuneración del ejecutivo del gobierno parroquial, se concluye que la vocal de la Junta Parroquial de Bachillero que motiva su consulta, beneficiaria de la pensión jubilar por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, tiene derecho percibir la remuneración mensual que fije dicha Junta Parroquial, considerando para el efecto, el techo de la remuneración mensual unificada prevista en el artículo 4 del Acuerdo del Ministerio de Relaciones Laborales No. MRL 2011-00183 antes referido.

OF. PGE. N°: 06483, de 14-02-2012