

EXTRACTOS DE CONSULTAS
PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
SUBDIRECCIÓN DE ASESORÍA JURÍDICA
JUNIO 2010

**ACCIÓN DE LESIVIDAD: REVOCATORÍA DE OFERTA
ADJUDICADA**

CONSULTANTE: CONSEJO PROVINCIAL DE
PICHINCHA

CONSULTA:

“¿Una vez calificada y adjudicada la Oferta, antes de la celebración del contrato, habiéndose impugnado la oferta fuera de término, en razón de la falsedad de la información por parte del Oferente, puede descalificarse la Oferta, de oficio o a petición de parte; y, cuál es el Órgano Administrativo que debe hacerlo?”.

PRONUNCIAMIENTO:

El Consejo Provincial de Pichincha podría descalificar una oferta, a petición de parte o de oficio, antes de que la adjudicación cause estado, lo que ocurre una vez que hubiere vencido el término que establece el artículo 103 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establecido para presentar impugnaciones. En los dos casos, esto es sea que la entidad obre de oficio o a petición de parte, sobre la base del principio de legalidad que rige en derecho público, la descalificación se deberá motivar en una causa que inhabilite al oferente adjudicatario.

Si bien la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento de aplicación no incluyen en forma expresa a la falsedad o adulteración de la información presentada por el oferente como causa que inhabilite una oferta, el segundo párrafo del numeral 3.11.5 de las Condiciones Generales de los Pliegos de Subasta Inversa Electrónica utilizados en el proceso de adquisición de bienes materia de la consulta establece esa posibilidad.

Por tanto, de verificarse por la entidad que usted representa la existencia de información falsa en la oferta que hubiere resultado adjudicada, y siempre que el acto administrativo de adjudicación no hubiere causado estado, puede revocarlo; en caso contrario, es decir, si la adjudicación hubiere causado estado, la entidad deberá plantear la acción de lesividad en vía judicial para dejar sin efecto la adjudicación efectuada.

ALMUERZOS

CONSULTANTE:

DIRECTOR NACIONAL DE
REHABILITACIÓN SOCIAL

CONSULTA:

“¿Es procedente acreditar directamente en las cuentas de los funcionarios de la Institución en vista de que no se dispone de la Infraestructura necesaria ni de los equipos apropiados para brindar el servicio del almuerzo en los centros de rehabilitación social a nivel nacional al igual de que la ubicación geográfica de cada uno de ellos dificulta brindar dicho servicio?”.

PRONUNCIAMIENTO:

Considero procedente que la Dirección Nacional de Rehabilitación Social, reconozca a sus servidores y empleados administrativos amparados por la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, el refrigerio o alimentación, ya que, no se trata de complementos remunerativos, bonificaciones o beneficios económicos adicionales, siempre y cuando, dichos servidores presten servicios en jornada única efectivamente laborada, debiendo existir para el efecto la respectiva fuente de financiamiento, no siendo de mi competencia pronunciarme sobre el monto o valor que corresponda al refrigerio, por tratarse de un tema presupuestario. En razón de que la Dirección Nacional de Rehabilitación Social no presta directamente el servicio de alimentación a sus funcionarios, procede que el valor por refrigerio sea entregado mediante depósito a la cuenta de cada servidor por los días efectivamente laborados.

COMODATO: BIENES DE DOMINIO PRIVADO

CONSULTANTE:

MUNICIPIO DEL CANTÓN
CHONE

CONSULTA:

“Si es procedente la donación gratuita de un terreno ubicado en la calle Ramón Giler y 28 de junio de la parroquia Convento del cantón

Chone, a favor de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones, (CNT)”.

PRONUNCIAMIENTO:

La Municipalidad, a través, del Concejo puede autorizar el comodato de bienes de dominio privado, para lo cual las partes tienen un plazo perentorio de tres años para perfeccionar el contrato de comodato respectivo, bajo pena de que caduque el acto administrativo que autorizó el comodato.

La Ley de Régimen Municipal no ha previsto un procedimiento particular para el comodato entre dos entidades públicas, por lo que de conformidad con el artículo 101 del Reglamento General Sustitutivo para el manejo y administración de bienes del Sector Público citado en líneas anteriores, se aplica la norma del artículo 62 del referido Reglamento que contempla la posibilidad de que dos personas jurídicas del sector público, en el caso consultado la Municipalidad de Chone y la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP entregue en comodato el inmueble referido en la consulta, sujetándose a las normas propias de esta clase de contrato.

Cabe resaltar que conforme al inciso final del artículo 685 de la Codificación del Código Civil, si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, quedará éste obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera.

OF. PGE. N°: 14575, de 08-06-2010

CONCEJALES: LIBRE EJERCICIO PROFESIONAL

CONSULTANTE:

MUNICIPIO DEL CANTÓN
ECHEANDIA

CONSULTA:

“El Concejal Municipal, elegido por votación popular, (se refiere al Abogado Pedro Sisa Pereira), puede ejercer la profesión de abogado en libre ejercicio dentro del Cantón y el resto de la República del Ecuador”.

PRONUNCIAMIENTO:

La Ley prevé únicamente como excepción para el patrocinio judicial por parte de abogados de entidades del sector público, las siguientes: la intervención que corresponda en razón del cargo que se ejerza; la

defensa a los intereses de la institución a la que pertenecen; y, en los casos de defensa propia del funcionario, sin embargo, la misma disposición no hace mención a los dignatarios de elección popular, como los concejales municipales.

Por lo tanto, los concejales municipales pueden ejercer libremente la profesión de abogado, con excepción de asuntos administrativos o controversias judiciales o extrajudiciales relacionadas con la Municipalidad de Echeandía.

OF. PGE. N°: 14400, de 01-06-2010

**CONCEJO CANTONAL DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ
Y ADOLESCENCIA: INTEGRACIÓN DEL CONCEJO**

CONSULTANTE:

MUNICIPIO DEL CANTÓN
MILAGRO

CONSULTA:

“¿El delegado por el Alcalde ante el Concejo Cantonal de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, lo representa y preside en sesiones con todas sus atribuciones y funciones establecidas en la Ordenanza de Conformación del Concejo Cantonal de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia?”

PRONUNCIAMIENTO:

El delegado por el Alcalde del Cantón Milagro si bien, en su ausencia, forma parte del Concejo Cantonal para la Protección Integral de la Niñez y Adolescencia con la misma capacidad decisoria, no podrá presidir las sesiones de dicho Concejo, de conformidad con lo que dispone el segundo inciso del artículo 201 del Código de la Niñez y Adolescencia, que prevé que estos Concejos Cantonales estarán presididos por los Alcaldes que ejercerán su representación legal, y en caso de ausencia lo subrogará el Vicepresidente que será elegido de entre los representantes de la sociedad civil, en concordancia con el numeral 1, del artículo 8, del artículo primero, de la Directriz para la Conformación de los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia, expedida por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, que establece que la Presidencia no es delegable y que en ausencia del Presidente, aún cuando se encuentre su delegado, presidirá el Vicepresidente.

En similares términos me he pronunciado mediante oficio No. 08114 de 2 de julio del 2009, respecto de la naturaleza jurídica, constitución e integración de los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia.

**CONTRATOS DE EJECUCIÓN DE OBRA: PLAZO, PRORROGA Y
FORMULA DE REAJUSTE DE PRECIOS**

CONSULTANTE:

EMPRESA PÚBLICA
METROPOLITANA DE
MOVILIDAD Y OBRAS
PÚBLICAS, EPMMOP

CONSULTAS:

1.- “Si el plazo de ejecución de los contratos de ejecución de obra pública, suscritos durante la vigencia de la Ley de Contratación Pública, decurre a partir de la entrega del anticipo por parte de la entidad contratante, contra presentación de la garantía que por igual valor entregó el contratista; o, a partir del pago del anticipo reajustado, a pesar de que en algunas ocasiones de la aplicación de la fórmula de reajuste de precios se determina que el contratista debe devolver parte del valor recibido como anticipo; y de que el contratista no manifestó reserva alguna a recibir el anticipo sin su reajuste, y haya dado inicio a la ejecución de las obras.”

2.- “Y, si el plazo de ejecución de los contratos de ejecución de obra pública, suscritos durante la vigencia de la Ley de Contratación Pública, debe entenderse automáticamente prorrogado por los días de retraso en el pago, en los que incurra la entidad contratante, sin necesidad de que la contratista solicite la prórroga correspondiente”.

PRONUNCIAMIENTOS:

1.- El plazo de ejecución de los contratos de ejecución de obra pública, suscritos durante la vigencia de la Ley de Contratación Pública que motivan esta consulta, decurre a partir de que la contratante notifica al contratista que el anticipo se encuentra listo, sin perjuicio de que en el caso de que se produzcan variaciones en los precios unitarios del contrato, posteriormente se efectúe el reajuste de tal anticipo.

2.- De conformidad con las normas de los artículos 115 y 107 a) de la derogada Codificación de la Ley de Contratación Pública, así como de las estipulaciones contractuales precitadas, el plazo de los contratos de ejecución de obra pública, suscritos durante la vigencia de la Ley de Contratación Pública, no puede entenderse automáticamente prorrogado por los días de retraso en el pago, en los que incurra la

entidad contratante, sin necesidad de que la contratista solicite la prórroga correspondiente.

OF. PGE. N°: 14793, de 18-06-2010

**CONVENIO INTERINSTITUCIONAL: EDUCACIÓN ESPECIAL,
SERVICIOS PERSONALES POR CONTRATO: JUBILADOS**

CONSULTANTE:

MUNICIPIO DEL CANTÓN SAN
PEDRO DE HUACA

CONSULTAS:

1.- “¿Es procedente realizar un convenio interinstitucional con la Dirección Provincial de Educación del Carchi y la Municipalidad de San Pedro de Huaca para la realización de este proyecto?”.

2.- “¿Es factible o no la utilización de los recursos económicos de la Partida Presupuestaria signada con el No. 510.71.05.10 la misma que sirva para pago de servicios profesionales por contrato, con éstos dineros se puede pagar a los profesionales que serán contratados para dar el tratamiento a los niños que se beneficiarán de este proyecto?”.

3.- “¿Se puede seguir pagando sueldos a dos empleados públicos, que perciben remuneración del Estado, porque son retirados, el uno de la Policía y el otro del Ejército, sabiendo que la Ley prohíbe recibir dos remuneraciones del Estado?”.

4.- “¿Para prescindir de los servicios de estos dos empleados, que proceso legal debemos seguir?”.

PRONUNCIAMIENTOS:

1.- Es procedente que la Municipalidad de San Pedro de Huaca suscriba el convenio interinstitucional con la Dirección Provincial de Educación del Carchi, para ejecutar el proyecto denominado “Centro de Recuperación Psico-pedagógica con enfoque Neuropsicológico Infantil”, con el fin de atender a los niños y niñas con necesidades educativas especiales con y sin discapacidad, para una futura inserción laboral, por así disponerlo expresamente los artículos 35, 47, 48 numeral 7, 226, y 264 numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador; 1 y 150 letras a) y b) de la Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal; 37 numeral 3, 42 y 55 del Código de la Niñez y la Adolescencia; 15 letra c) de la Codificación de la Ley sobre Discapacidades; el Decreto Ejecutivo No. 1076 publicado en el Registro Oficial No. 345 de 26 de mayo del 2008, en el cual se

declara como política del Estado Ecuatoriano el respeto y protección de los Derechos de las personas con discapacidad; y, los artículos 8 y 24 de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, publicada en el Registro Oficial No. 329 de 5 de mayo de 2008.

2.- Existe la Partida Presupuestaria No. 510.71.05.10 destinada a la utilización de gastos por concepto de servicios personales por contrato, en atención a lo dispuesto en el artículo 238 de la Constitución de la República y los artículos 1, 16, 17 letra a), 63 ordinal 44, 485 y 501 de la Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, corresponde privativamente al Concejo Municipal de San Pedro de Huaca en ejercicio de su autonomía constitucional y legal resolver sobre el destino de los recursos constantes en la Partida Presupuestaria 510.71.05.10, que en el caso consultado podría ser utilizada para el pago a los profesionales que presten sus servicios dentro del Proyecto denominado “Centro de Recuperación Psicopedagógica con enfoque Neuropsicológico Infantil”.

3.- En atención a los términos de su consulta, no es procedente que usted, como autoridad nominadora del Municipio de San Pedro de Huaca, contrate o extienda nombramientos a personas jubiladas ya sea estos militares o policías en servicio pasivo, que perciban como pensión jubilar más allá del límite establecido en el artículo 133 de la LOSCCA (US. 500,00), a menos que ingresen para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, o sean electos para ocupar cargos de elección popular.

4.- Sírvase remitir a esta Procuraduría documentación certificada en la que se precise las fechas en que los empleados que motiva la consulta ingresaron en calidad de servidores de carrera con nombramiento a esa Municipalidad; y además, indicar si anteriormente dichos empleados han sido beneficiarios de algún tipo de incentivo para acogerse a la jubilación.

OF. PGE. N°: 14791, de 18-06-2010

**DOCUMENTOS RESERVADOS: ACCESO A LA INFORMACIÓN
PÚBLICA**

CONSULTANTE: BANCO CENTRAL DEL ECUADOR

CONSULTA:

“¿Si es procedente que el Banco Central del Ecuador entregue la información y documentación solicitada por el Asambleísta Montúfar,

considerando que de la misma se conocería el manejo de la inversión de la Reserva Internacional de Libre Disponibilidad, lo cual es de carácter reservado, tomando en cuenta los graves riesgos que se podrían derivar si se llega a hacer pública dicha información?”.

PRONUNCIAMIENTO:

En virtud del derecho de acceso a la información pública que tiene la Asamblea Nacional, a través, de sus comisiones especializadas permanentes y los asambleístas, conforme lo dispuesto en los artículos 120, numeral 9 de la Constitución de la República y los artículos 9, numeral 9, 26 numeral 3, 75 y 110 numeral 3 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, en concordancia con el artículo 3 letra d) de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, el Banco Central del Ecuador puede entregar la información así como la documentación requerida por el Asambleísta César Montúfar, sin perjuicio de que, a fin de garantizar la reserva y adecuado uso de la misma, el Banco Central del Ecuador puede emitir una resolución, a través, de la cual se traslada la reserva al asambleísta solicitante, así como a la Asamblea Nacional. Esto en consideración a que se ha solicitado información que el Banco Central del Ecuador dice que ha sido calificada de reservada, lo que obliga a su custodio a responsabilizarse del adecuado uso de la misma, a fin de precautelar la situación financiera e intereses del país.

OF. PGE. N°: 14763, de 17-06-2010

**EMPRESAS ELÉCTRICAS: EXONERACIÓN DE IMPUESTOS Y
CONTRIBUCIONES MUNICIPALES E IMPUESTOS DEL 1.5 POR MIL
A LOS IMPUESTOS TOTALES**

CONSULTANTE:

MINISTERIO DE
ELÉCTRICIDAD
Y ENERGÍA RENOVABLE

CONSULTAS:

1.- “¿Las Empresas de distribución de energía eléctrica establecidas en el “Régimen previsto para las empresas incluidas en el Mandato Constituyente No. 15”, se encuentran exoneradas del pago de impuestos y demás contribuciones municipales?”.

2.- “¿De conformidad a lo establecido en la Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, los Municipios deben dejar sin efecto todo proceso iniciado para recuperar valores por concepto de

impuestos del 1.5 por mil sobre activos totales, patente municipal y ocupación de la vía pública?”

PRONUNCIAMIENTOS:

1.- De conformidad con el alcance de la exención establecida por el artículo 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, las Empresas de distribución de energía eléctrica establecidas en el Régimen previsto para las empresas incluidas en el Mandato Constituyente No. 15, (prestadoras del servicio público de energía eléctrica), por estar incorporadas al ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se encuentran exentas del pago de impuestos municipales y de contraprestaciones por concepto de uso u ocupación de espacio público o vía pública destinado para la colocación de estructuras, postes y tendido de redes; sin que dicha exención se extienda a las tasas y contribuciones municipales por otros conceptos, distintos de los determinados en forma expresa en dicha norma.

2.- La Disposición Transitoria Décima, numeral 10.4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se desprende que los Municipios, como sujetos activos de tributos, deban dejar sin efecto todo proceso de determinación o coactivo iniciado para recuperar valores por concepto de impuestos del 1.5 por mil sobre activos totales, patente municipal y ocupación de la vía pública, que se hubieren iniciado antes de la promulgación de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Este pronunciamiento no interfiere con las decisiones que correspondan al ámbito de la administración de justicia.

OF. PGE. N°: 14666, de 14-06-2010

**EXONERACIÓN DE IMPUESTOS MUNICIPALES (PATENTES)
PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

CONSULTANTE: MUNICIPALIDAD DEL CANTÓN
CATAMAYO

CONSULTAS:

1. “Tienen valor jurídico las ordenanzas municipales que contemplen disposiciones que prevean exoneración de impuestos como el de patente y otros previstos en el Art. 303 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en favor de las personas con discapacidad”.

“2. Deben aplicarse las exoneraciones que sobre impuestos prevean las ordenanzas municipales a favor de las personas con discapacidad”.

“3. Las personas de la tercera edad están exoneradas de los impuestos que sirven para la financiación municipal”.

PRONUCIAMIENTOS:

1.- El Concejo Municipal de Catamayo, deberá reformar el Art. 18 de la Ordenanza Municipal sobre Discapacidades, de manera que regule las exenciones a los impuestos municipales determinados expresamente en la ley.

2.- Con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias analizadas en la contestación a la primera consulta, considero que únicamente se podrán aplicar las exenciones a los impuestos municipales a los discapacitados invidentes, por disposición expresa del Art. 20 de la Ley de Protección a los Ciegos.

3.- La exoneración total de los impuestos municipales para las personas de la tercera edad se aplicará exclusivamente cuando el adulto mayor cumpla las condiciones establecidas en el inciso primero del Art. 14 de la Ley del Anciano, excepto en el pago de la tasa por consumo de agua potable que no admite exoneración total; mientras que los adultos mayores que no se encuentren dentro de la disposición citada, serán beneficiarios exclusivamente de exenciones o rebajas parciales en el pago de impuestos y tasas municipales.

OF. PGE. N°: 14562, de 07-06-2010

EXPROPIACIONES: COMPETENCIA PARA EL PAGO DE VALORES

CONSULTANTE:

CONSEJO PROVINCIAL DE
PICHINCHA

CONSULTAS:

1. “¿Las expropiaciones necesarias para la ejecución del contrato suscrito con la compañía Hidalgo e Hidalgo, el 4 de mayo de 2007, cuyo objeto principal es la ampliación a cuatro carriles de 35,41 kilómetros de la vía Alóag – Santo Domingo, deben ser pagadas por la empresa contratista, con cargo a su patrimonio y sin derecho a devolución?”.

2. “¿Procede que la empresa contratista financie las expropiaciones, y el Consejo reconozca este financiamiento como parte del crédito constructor, que se amortiza con el Fideicomiso Alóag – Santo Domingo?”.

PRONUNCIAMIENTOS:

1.- Al no haberse celebrado el respectivo contrato complementario, como correspondía, de conformidad con el artículo 97 de la derogada Codificación de la Ley de Contratación Pública, aplicable al caso, por la fecha de celebración del Contrato que nos ocupa, en virtud de que la expropiación de los 76 predios adicionales y el pago de los valores de los mismos son necesarios para la ampliación de la vía Alóag-Santo Domingo, que ya se está ejecutando y por lo tanto los inmuebles han sido ya desalojados, de conformidad con los artículos 57 y 58 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control; y, 31 de la Ley de Presupuestos del Sector Público y 41 de la Ley Orgánica de Responsabilidad y Transparencia Fiscal, cabría la realización de un convenio de pago para reconocer los valores correspondientes al pago de las expropiaciones de los 76 predios cuya expropiación no se consideraron en el Plan de Manejo Ambiental de la obra.

Para el efecto, considerando que el contrato original previó que las expropiaciones las pague la contratista, para que sea posible que las expropiaciones adicionales las pague el Honorable Consejo Provincial de Pichincha, debe justificarse que se ha producido una alteración del equilibrio económico del contrato, para lo cual se debería solicitar a la Contraloría General del Estado, que al amparo del artículo 19 de su Ley Orgánica realice un examen especial con relación a la expropiación de 76 predios, como parte integrante de la ejecución de la ampliación de la vía Alóag- Santo Domingo.

2.- En cuanto a la procedencia de que la contratista financie el monto de las expropiaciones producidas por efecto del rediseño de la obra, la compañía contratista Hidalgo e Hidalgo S.A., mientras no varíen los términos del contrato originalmente suscrito el 4 de mayo de 2007, tiene obligación contractual de financiar esos valores, sin perjuicio de que se defina a quien corresponde correr con dicho costo, conforme lo señalado en la primera consulta.

Con relación al mecanismo que adopte el Consejo Provincial de Pichincha para el pago de tales valores, es de exclusiva responsabilidad del Consejo, dejándose expresa constancia que el presente pronunciamiento no constituye orden ni autorización de pago alguna, ya 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 justificada, no hubiere sido posible celebrar un contrato, por lo que en lo posterior, el Consejo Provincial de Pichincha deberá arbitrar las medidas pertinentes y observar los procedimientos previos, a fin de

evitar a futuro, que se presten servicios o se asuman obligaciones sin el correspondiente respaldo contractual.

OF. PGE. N°: 14774, de 18-06-2010

**FONDO DE CESANTÍA DE LOS EMPLEADOS CIVILES DE LA
COMISIÓN DE TRÁNSITO DEL GUAYAS: LIQUIDACIÓN,
INDEPENDENCIA, REPRESENTANTE LEGAL Y EMPLEADOS DE
LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN**

CONSULTANTE: COMISIÓN DE TRÁNSITO DEL
GUAYAS Y REPRESENTANTE
LEGAL DEL CONSEJO DE
ADMINISTRACIÓN DEL FONDO
DE CESANTÍA Y MORTUORIA
DE LOS EMPLEADOS CIVILES
DE LA CTG

CONSULTAS:

1.- “Es procedente la aplicación de la Resolución No. SBS-2004-0740, expedida por la Superintendencia de Bancos y Seguros, el 16 de septiembre de 2004, para el registro, constitución, organización, funcionamiento y liquidación del Fondo de Cesantía de los Empleados Civiles de la Comisión Nacional de Tránsito del Guayas”.

2.- “Es procedente que el Fondo de Cesantía de Empleados Civiles de la CTG se constituya como una persona jurídica independiente de la Comisión de Tránsito del Guayas, al amparo de la Resolución No. SBS-2004-0740, expedida por la Superintendencia de Bancos y Seguros, el 16 de septiembre del 2004?”.

3.- “¿Cómo procede el registro del Fondo de Cesantía de los Empleados Civiles de la CTG a la Superintendencia de Bancos y Seguros sin que tenga que constituirse como una persona jurídica independiente de la Comisión de Tránsito del Guayas?”.

4.- “¿ Es procedente que el representante legal del Fondo de Cesantía de los Empleados Civiles de la CTG, ante el criterio del Intendente de Seguridad Social, respecto de la comisión de infracciones tipificadas en el Código Penal, se vea obligado a violar la Ley de Cesantía y Mortuoria?”.

5.- “¿Si el Fondo de Cesantía y Mortuoria de los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Guayas puede acoger como afiliados y otorgar las prestaciones y servicios sociales complementarios a todos los empleados civiles de la CTG, que voluntariamente quieran afiliarse

y acogerse a su protección, luego de cumplir los requisitos legales, sin discrimen alguno en razón de su relación laboral?”.

6.- “¿Puede el Fondo de Cesantía y Mortuoria hacer distingos en cuanto al tipo de empleado civil con nombramiento, cuando sea éste de libre designación y remoción, para que sea afiliado y beneficiario de tal Fondo, mientras que la Ley sobre la materia que fuera expedida en 1988 y ratificada en el 2008 en la disposición general décima sexta de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, en su artículo primero no hace diferencia alguna?”.

PRONUNCIAMIENTOS:

1.- En aplicación del artículo 425 de la Constitución de la República, la Resolución No. SBS-2004-0740, del 16 de septiembre de 2004, es aplicable a la Caja como al Fondo de Cesantía del Cuerpo de Vigilancia y Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Guayas, sólo en lo que no se oponga a 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.

2.- Conforme concluyo en la primera consulta, la Resolución No. SBS-2004-0740, del 16 de septiembre de 2004, es aplicable a la Caja como al Fondo de Cesantía del Cuerpo de Vigilancia y Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Guayas, sólo en lo que no se oponga a 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, por lo que no sería jurídicamente aceptable que se constituyan como una persona jurídica independiente al amparo de la indicada resolución, que es una norma de menor jerarquía que las indicadas leyes, que han determinado ya la creación o constitución y estructura de estos fondos.

3.- La Resolución de la Superintendencia de Bancos No. 740, que reforma el Título XV de la Codificación de las Resoluciones de la Superintendencia de Bancos en su Art. 1 de la Sección I, del Capítulo III y en su Disposición Transitoria Primera establece que “los fondos complementarios previsionales existentes a la fecha de vigencia de la presente norma, deberán registrarse en la Superintendencia de Bancos y Seguros”, registro que deberán cumplir tanto la Superintendencia de Bancos como los fondos previsionales de la Comisión de Tránsito del Guayas, sin que tenga que constituirse

como una persona jurídica independiente de la Comisión de Tránsito del Guayas, ya que caso contrario, al constituirse una persona jurídica en los términos de la Resolución SBS-2004-0740, se estarían reformando las Leyes de Personal del Cuerpo de Vigilancia de la Comisión de Tránsito del Guayas y de Cesantía y Mortuoria para los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Guayas, a través, de una norma de menor jerarquía como es la indicada Resolución.

4.- La Resolución No. 740 de la Superintendencia de Bancos y Seguros, se aplica a los fondos previsionales de la CTG, sólo en lo que no se oponga a 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, por lo que no cabría hablar de infracciones penales, por cumplir las disposiciones legales contenidas en la Ley de Cesantía y Mortuoria para los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Guayas, normas cuya vigencia ha sido ratificada por la Disposición General Décimo Sexta de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, cuerpo legal promulgado con posterioridad a la vigencia de la Ley de Seguridad Social y de rango superior a la Resolución de la Superintendencia de Bancos y Seguros en mención.

5.- La Disposición General Tercera de la Ley de Cesantía y Mortuoria para los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Guayas determina que: “Están amparados por esta Ley, aquellos empleados civiles que vienen laborando en la Comisión de Tránsito del Guayas y los que posteriormente ingresaren a ella, por lo que se evidencia que la Ley ampara a todos los empleados civiles de la CTG.

6.- En base del artículo 1 y Disposición General Primera de la Ley de Cesantía y Mortuoria para los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Guayas, se concluye que la indicada Ley no hace distinción en cuanto al tipo de empleado civil con nombramiento, cuando sea éste de libre designación y remoción, para que sea afiliado y beneficiario de tal Fondo.

OF. PGE. N°: 14785, de 18-06-2010

**FONDO DE JUBILACIÓN PRIVADA: EMPRESAS PÚBLICAS
METROPOLITANAS**

CONSULTANTE:

MUNICIPIO DEL DISTRITO
METROPOLITANO DE QUITO

CONSULTA:

“¿Cuál sería el alcance que tiene el artículo 22 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas en las Empresas Públicas Metropolitanas considerando el pronunciamiento del señor Procurador General del Estado contenido en el Oficio No. 07009 de 17 de abril de 2009 y la proyección de la autonomía municipal hacia las Empresas Públicas Metropolitanas, una vez que la Resolución No. A 0008 de 3 de marzo de 2010 coloca a estas entidades en el nivel operativo del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito?; y, en función de eso, ¿las Empresas Públicas Metropolitanas pueden seguir realizando aportes al Fondo de Jubilación Privado del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito?”.

PRONUNCIAMIENTO:

Las Empresas Públicas Metropolitanas son personas jurídicas de derecho público, cuya autonomía tiene origen en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, y no en una extensión de la autonomía de la que gozan las municipalidades; por tanto, pese a integrar el nivel operativo de la Municipalidad del Distrito Metropolitano de Quito, son personas jurídicas distintas del Municipio, y no pueden seguir realizando aportes al Fondo de Jubilación Privado del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, debido que aquello contravendría la prohibición expresa que establece el artículo 22 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, a cuyo ámbito de aplicación han quedado sujetas.

OF. PGE. Nº: 14958, de 28-06-2010

INDA: COMPETENCIA PARA FRACCIONAMIENTO DE TIERRAS Y PAGO DE PORCENTAJE DE CESIÓN

CONSULTANTE:

MUNICIPIO DEL CANTÓN
TISALEO

CONSULTAS:

1.- “Tiene o no competencia el Municipio de Tisaleo para aprobar y autorizar, vía Ordenanza, fraccionamientos de tierras en el área rural; llámense éstos: desmembraciones, divisiones, lotizaciones y/o urbanizaciones, tomando en cuenta que al respecto no existe disposición legal alguna en la Ley Orgánica de Régimen Municipal que así lo permita”.

2.- “Tiene o no competencia el Municipio de Tisaleo para exigir, vía Ordenanza, el pago del porcentaje de cesión, en las autorizaciones

que éste ha venido dando en trámites relacionados a fraccionamiento de predios ubicados en el área rural del Cantón Tisaleo, llámense éstos: desmembraciones, divisiones, lotizaciones y/o urbanizaciones?”.

3.- “Si las reformas a la 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 del martes 20 de mayo del 2008, y que han sido aprobadas en sesiones ordinarias de Concejo de fechas 30 de diciembre de 2008, 28 de enero y 31 de enero del año 2009, las que debían entrar en vigencia a partir de su aprobación por parte del ya referido Concejo cantonal, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial, como así ha ocurrido, es legal o no seguir aplicándolas pese a no haber sido publicadas en el Registro Oficial, como así lo dispone el art. 205 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en tratándose de la vigencia de los planes de desarrollo y de los cuales forma parte la ya comentada Ordenanza.”

PRONUNCIAMIENTOS:

1.- De conformidad con el artículo 207 y la letra f) del artículo 146 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, el Municipio del Cantón Tisaleo tiene competencia para conceder licencias para parcelaciones y reestructuraciones parcelarias en inmuebles situados en todo el territorio de ese cantón, integrado por áreas urbanas y rurales, según el artículo 1° de la misma Ley, toda vez que en esta materia la competencia del extinguido INDA, que en la actualidad corresponde al Ministerio de Agricultura de conformidad con el artículo 2 del Decreto Ejecutivo No. 373, está referida a los bienes raíces rurales que carezcan de dueño, según el artículo 1° de la Ley de Tierras Baldías y Colonización, así como a las parcelaciones agrícolas, según lo prevén los artículos 227 y 146 letra f) de la citada Ley Orgánica de Régimen Municipal.

2.- En armonía con lo analizado al atender su primera consulta, se concluye que el Municipio de Tisaleo tiene competencia para establecer vía Ordenanza, el pago del porcentaje de cesión que prevé el inciso final del artículo 230 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en las autorizaciones de fraccionamiento de predios ubicados en el área rural de ese Cantón.

TERCERA CONSULTA

Las reformas a la 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 del martes 20 de mayo del 2008, aprobadas en sesiones ordinarias de Concejo de fechas 30 de diciembre de 2008, 28 de enero y 31 de enero del año 2009, requieren ser publicadas en el Registro Oficial para que empiecen a regir, por estar referidas a los planes reguladores de desarrollo urbano de esa municipalidad, de conformidad con el artículo 205 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

La aprobación de la Ordenanza por parte del Ministerio de Gobierno, a la que alude la certificación de la ex Secretaria del Concejo, se requeriría únicamente en el evento de que la Ordenanza estuviera referida a la creación de parroquias rurales, de conformidad con la parte final de la letra d) del artículo 10 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

OF. PGE. N°: 14957, de 28-06-2010

JEFATURAS DEPARTAMENTALES: LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

CONSULTANTE:

EMPRESA MUNICIPAL DE
AGUA POTABLE Y
ALCANTARILLADO
DE IBARRA, EMAPA-I

CONSULTA:

Solicita “se aclare la consulta” absuelta por este Organismo en oficio No. 12473 de 23 de febrero de 2010, en “relación a la aplicabilidad de la norma municipal (sic) antes de la vigencia de la Ley Orgánica de Empresas Públicas”.

La consulta inicial fue “¿Las Jefaturas Departamentales de la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado EMAPA-I corresponden a puestos de libre nombramiento y remoción?”.

PRONUNCIAMIENTO:

Los cargos de Jefatura, no están incluidos entre aquellos a los que corresponde el carácter de libre nombramiento y remoción, que además son distintos de aquellos sujetos a periodo fijo, que gozan de estabilidad hasta la conclusión del período para el que el servidor ha sido designado.

En consecuencia, si antes de la promulgación de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, la EMAPA-I aplicaba a su personal la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones de los Servidores Públicos, los

cargos de Jefatura no eran de libre remoción, por no estar incluidos en la letra b) del artículo 92 de la LOSCCA, sin que el artículo 175 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal les hubiere sido aplicable, por estar referido exclusivamente a los funcionarios municipales, y no a los servidores de las empresas constituidas por las Municipalidades, sujetos según el entonces vigente artículo 178 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, a la LOAFYC, a su ordenanza de creación y a sus estatutos.

OF. PGE. N°: 14401, de 01-06-2010

**JUBILACIÓN: INDEMNIZACIÓN
MANDATO CONSTITUYENTE N° 2**

CONSULTANTE:

CONSEJO PROVINCIAL DE
CHIMBORAZO

CONSULTA:

¿“Dignese indicar si el H. Consejo Provincial de Chimborazo, en el presente caso debe proceder a la liquidación de los valores por concepto de jubilación al amparo de lo dispuesto por el Mandato Constituyente No. 2, Art. 8, que se encuentra vigente en virtud que no ha sido derogado, o aplicando la Resolución No. SENRES-2009-00200, publicada en el Registro Oficial No. 9, de viernes 21 de agosto del 2009, es decir esta última con posterioridad a la fecha de aceptación de las renunciaciones de la referencia”.

PRONUNCIAMIENTO:

Los montos totales de dicha indemnización por retiro o renuncia voluntaria para acogerse a la jubilación, no superarán los límites máximos establecidos en el artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2, esto es, hasta siete 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 (como límite máximo mas no obligatorio) en total.

Este Organismo ya se ha pronunciado, en el sentido de que la indemnización establecida en el artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2, no es aplicable a dignatarios de elección popular, funcionarios de libre nombramiento y remoción, o de período fijo, sino que únicamente beneficia a servidores públicos de carrera que son quienes tienen derecho a la estabilidad, pronunciamientos contenidos en oficios Nos. 08197 de 8 de julio de 2009 y 09346 de 17 de septiembre de 2009.

JUNTA NACIONAL DE DEFENSA DEL ARTESANO: PROHIBICIÓN DE RECAUDACIÓN DE DINERO A ENTES PRIVADOS

CONSULTANTE:

JUNTA NACIONAL DE
DEFENSA DEL ARTESANO

CONSULTA:

“Si existe la facultad legal para que la Junta Nacional de Defensa del Artesano, como institución de derecho público, pueda recaudar dineros para una organización o persona jurídica de derecho privado”.

PRONUNCIAMIENTO:

Toda vez el artículo 226 de la Constitución de la República dispone que las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias pueden ejercer solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley; que los artículos 7 de la Codificación de la Ley de Defensa del Artesano y 20 de su Reglamento de aplicación, no contiene disposiciones que faculte a la Junta Nacional de Defensa del Artesano a recaudar recursos económicos como plantea su consulta, prohibición que además está prevista en la Disposición General Cuarta del referido Reglamento, se concluye que esa Junta Nacional como institución de derecho público, no está facultada para recaudar dineros en beneficio de organizaciones o personas jurídicas de derecho privado.

**JUNTA PARROQUIAL: REPRESENTANTE LEGAL
NOMBRAMIENTO DE SECRETARIA-TESORERA,**

CONSULTANTE:

JUNTA PARROQUIAL DE
CONOCOTO

CONSULTAS:

1.- “La Junta Parroquial de Conocoto, en sesión del 1 de agosto de 2009, nombró a la licenciada Dolores Patricia Guerrero Buitrón, en calidad de Secretaria-Tesorerera, hasta que sea legalmente reemplazada. Si este nombramiento es por el espacio de tiempo de cuatro años conforme lo establece el artículo 11 de la Ley Orgánica de las Juntas Parroquiales Rurales, o temporal hasta una nueva resolución de la Junta.”.

2.- “¿La Secretaria-Tesorerera de la Junta Parroquial de Conocoto es funcionaria pública cuyo nombramiento es a período fijo?”.

3.- “¿El texto del nombramiento de la Secretaria – Tesorerera de la Junta Parroquial de Conocoto se ajusta al espíritu del artículo 11 de la ley Orgánica de Juntas Parroquiales?”.

4.- ¿Es el Presidente la máxima autoridad de la junta parroquial?”.

PRONUNCIAMIENTOS:

1.- Con fundamento en lo que disponen los artículos 225 y 238 de la Constitución de la República y el artículo 3 de la Ley Orgánica de las Juntas Parroquiales se concluye que la Junta Parroquial es una persona jurídica de derecho público con autonomía administrativa, económica y financiera; y, que el nombramiento de la Licenciada Dolores Patricia Guerrero Buitrón como Secretaria-Tesorerera de la Junta Parroquial de Conocoto se efectuó el día en que se posesionaron las nuevas autoridades de la Junta Parroquial, esto es en la sesión inaugural, por tanto, es un nombramiento a período fijo y no temporal; y, que cesará en sus funciones el día en que concluya el período para el cual fue legalmente nombrada, de acuerdo a lo que establece el artículo 11 de la Ley Orgánica de las Juntas Parroquiales.

2.- Como queda indicado en la consulta anterior, el artículo 11 de la Ley Orgánica de las Juntas Parroquiales Rurales dispone que el Secretario-Tesorerero de la Junta debe ser nombrado por la Junta Parroquial de fuera de su seno para un período de cuatro años, esto es a período fijo.

3.- En razón de que la consulta planteada no se refiere a la inteligencia o aplicación de la ley, la Procuraduría General del Estado se abstiene de emitir el pronunciamiento sobre la materia.

4.- La Junta Parroquial se integra por dignatarios por votación popular; que la Presidencia de la Junta corresponde a quien hubiere obtenido la mayor votación en el respectivo proceso electoral; y, que quien ejerce la dignidad de Presidente de la Junta es el representante legal de esa entidad y su primer personero.

Se concluye que la máxima autoridad de la Junta Parroquial es el Presidente de la Junta Parroquial quien es el representante legal, judicial y extrajudicial de la Entidad, sin perjuicio de las atribuciones que confiere la Ley Orgánica de las Juntas Parroquiales Rurales a los demás estamentos de esta entidad autónoma descentralizada.

JUNTAS PARROQUIALES: DONACIONES

CONSULTANTE: JUNTA PARROQUIAL DE YARUQUÍ

CONSULTA:

“Nosotros como Institución Pública nos encontramos facultados y dentro de la Ley, para asignar un canon de dinero del presupuesto que manejamos en cada período de la aportación del Ministerio de Economía y Finanzas como también de otras instituciones Gubernamentales y Privadas, a la Asociación de Juntas Parroquiales Rurales del Distrito Metropolitano de Quito, ya que sus estatutos se encuentran aprobados por el Ministerio de Gobierno con fecha 19 de febrero del 2001”.

PRONUNCIAMIENTO:

Con fundamento en los artículos 226, 240 y 255 de la Constitución de la República, y los artículos 3, 4 letra a), 33 letra d) y 34 letra d) de la Ley Orgánica de Juntas Parroquiales Rurales, se concluye que la Junta Parroquial de Yaruquí, no está facultada para realizar aportes a la Asociación de Juntas Parroquiales del Distrito Metropolitano de Quito.

OF. PGE. N°: 14591, de 09-06-2010

**MUNICIPALIDAD: ALIANZA ESTRATEGICA, CORPAQ,
AEROPUERTO - EMPRESAS PÚBLICAS - OBLIGACIONES
PRECONTRACTUALES, TASAS PROCESO DE RENEGOCIACIÓN,
INFORMES, DEPÓSITOS BANCARIOS**

CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO

CONSULTAS:

1. ¿El Municipio del Distrito Metropolitano de Quito puede intervenir válidamente en la celebración de un Acuerdo de Alianza Estratégica con un sujeto de Derecho privado y emplear esta modalidad asociativa junto con una concesión de conformidad con los artículos 41, 43, literales e) y c) y 44 de la Ley de Modernización del Estado, Privatización y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada (“Ley de Modernización”)?.

2. “¿La sucesión jurídica dispuesta en los artículos 2, 3, 4 y 5 de la Ordenanza Metropolitana No. 0289, publicada en el Registro Oficial No. 628, de 7 de julio de 2009, por las que CORPAQ Pública asume los derechos y obligaciones de CORPAQ Privada, en virtud de un acto normativo del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, requiere de algún requisito adicional para que sea válida y surta los efectos legales, de conformidad con el ordenamiento jurídico ecuatoriano y particularmente, atendiendo el contenido de los artículos 13 y 63 (numerales 1,9,15,17 y 49) de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, 1841 a 1849 del Código Civil, y 4, 7 y 9 del Decreto 885? ¿Este criterio es aplicable al caso de la sucesión que ha operado entre la CORPAQ Pública y la Empresa Pública Metropolitana de Servicios Aeroportuarios y Gestión de Zonas Francas y Regímenes Especiales, en virtud de la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y la Ordenanza Metropolitana No. 309, de 16 de abril de 2010?”.

3. “¿Con fundamento en los artículos 13 y 63 (numerales 1, 9,15,17 y 49) y 131 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, 1841 a 1849 del Código Civil, y, 4, 7 y 9 del Decreto 885, y, adicionalmente, el numeral 7 de la Sentencia de la Corte Constitucional, ¿es legal y válido que el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito avoque las competencias asignadas a la CORPAQ Pública con la Ordenanza Metropolitana No. 0289, publicada en el Registro Oficial No. 628, de 7 de julio de 2009, y, en tal virtud, asuma la posición de Concedente, con los derechos y obligaciones que de tal posición se derivan, particularmente de la Ley y de los Documentos de Transacción previamente suscritos?”

4. “¿Los artículos 114 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, 7, 9 y 10 de la Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal de algún modo limitan la posibilidad de un Municipio o de una Empresa Pública para acordar que a la terminación de un contrato de concesión, y como efecto de dicha terminación, todos los activos y pasivos del Proyecto pasarían bajo la titularidad del Concedente y, en tal virtud, el Concedente debe asumir el pago y cumplimiento de las obligaciones pendientes, incluidos los créditos y otras obligaciones contractuales con terceros?”.

5. “De conformidad con los artículos 69, 76, 85 primer inciso y 87, literal c) del Reglamento a la Ley de Modernización, es legal y válido que el Concedente acuerde con el Concesionario una retribución económica por sus inversiones, riesgo y trabajo que pueda ser repercutida directamente al usuario, sin perjuicio de la fijación de una tasa por la prestación de los servicios públicos aeroportuarios

sujetos a regulación mediante Ordenanza. En lo que respecta a los cargos aeroportuarios?. Si esto es legal y válido, ¿la retribución del Concesionario por sus inversiones, riesgo y trabajo constituirían recursos privados de su titularidad?”

6. “¿De conformidad con el artículo 13, numerales 1 y 2, del Capítulo II de la Resolución del Consejo Nacional de Valores que regula la Participación del Sector Público en el Mercado de Valores, ¿es legal y válido el acuerdo entre las partes y el contrato derivado, por el que el Municipio y/o una Empresa Pública beneficiaria de la recaudación de tasas constituyan un fideicomiso mercantil para recibir y administrar la recaudación de las tasas y destinar estos recursos al pago de las obligaciones a cargo de los constituyentes del fideicomiso, derivadas de los contratos suscritos con ocasión de la ejecución del Proyecto, de manera directa e inmediata?”.

7. “¿La celebración de los nuevos contratos derivados del Proceso de Renegociación, o la enmienda o confirmación de los contratos o acuerdos previamente suscritos por las Partes requieren sujetarse al mismo procedimiento de autorización por parte de los organismos de control del Estado, incluida la Procuraduría, con fundamento en el artículo 46 de la Ley de Modernización y un Contrato de Inversión suscrito con fundamento en el Art. 30 de la Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones?”.

8. “¿De conformidad con los artículos 190 de la Constitución de la República y 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación ¿es necesario que el señor Procurador General del Estado emita su informe favorable previo a la suscripción de un contrato que contenga una cláusula en las que se ratifique o se refiera a una cláusula arbitral de un contrato suscrito con anterioridad?”.

9. “En caso que dos personas jurídicas de derecho privado hubiesen sometido una diferencia a jurisdicción y ley extranjera, y que por leyes posteriores, una de las dos empresas se hubiese transformado en empresa pública, ¿pueden las partes [*Municipio y/o empresa pública y privada*] confirmar las cláusulas de jurisdicción y ley aplicable antes suscritas, sin que esto contravenga el Derecho ecuatoriano, o exista objeto ilícito”.

10. “El Banco Central ha señalado que las instituciones financieras sujetas a control de la Superintendencia de Bancos y Seguros cuyo capital sea de entidades del Estado constituyen una institución financiera pública, ¿es legal y válido que los recursos públicos puedan ser depositados en una cuenta abierta en el Banco del Pacífico”.

PRONUNCIAMIENTOS:

1.- Toda vez que la materia sobre la que versa su consulta, esto es la competencia del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito para la suscripción del Acuerdo de Alianza Estratégica, ha sido ya resuelto por la Corte Constitucional en el numeral 6 de la Sentencia No.003-09-SIN-CC de 23 de julio de 2009; y, en el numeral 6 de la providencia de 11 de mayo de 2010, la Procuraduría General del Estado se abstiene de emitir pronunciamiento.

2.- No me pronuncio respecto al contenido de las Ordenanzas ya dictadas y ejecutadas por el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, por no ser de mi competencia.

3.- En lo que corresponde a la cesión de derechos y obligaciones contractuales se estará a lo dispuesto en el régimen de cesión de créditos, especialmente los artículos 1842 y 1845 del Código Civil, en lo que respecta a la manifestación del consentimiento tácito o expreso del tercero que se vincula contractualmente con la Municipalidad o sus organismos dependientes.

La oportunidad, mérito o conveniencia en la asunción de los derechos y obligaciones provenientes “De los Documentos de Transacción previamente suscritos”, es de absoluta responsabilidad del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito.

4.- Cabe señalar que en el presente caso, contractualmente se ha impuesto la obligación de una asunción de pasivos y de una sustitución de deudor, por lo que a criterio de esta Procuraduría, los artículos 114 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, 7, 9 y 10 de la Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal no limitan la posibilidad de que el Municipio o la CORPAQ Empresa Pública, en el caso de que se acuerde la terminación del Contrato de Concesión de la referencia, ya que como efecto de dicha terminación, todos los activos y pasivos del Proyecto pasarían bajo la titularidad del Concedente y, en tal virtud, el Concedente debe asumir el pago y cumplimiento de las obligaciones pendientes, incluidos los créditos y otras obligaciones contractuales con terceros.

Las causas de la terminación del contrato de Concesión, así como la conveniencia de dicha terminación, son de responsabilidad de las partes, por lo que esta Procuraduría no emite pronunciamiento al respecto.

5.- En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 237 de la Constitución de la República, 3 letra e) y 13 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, así como de la Resolución No. 17, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007, que en su artículo 3 dispone que: “Los temas objeto de las consultas no versarán sobre asuntos que hayan sido resueltos por jueces o tribunales de la República o que estén en conocimiento de los mismos”, toda vez que la materia sobre la que versa su consulta, está relacionada en forma directa con el cumplimiento de la sentencia emitida por el máximo Organismo de Control Constitucional, la Procuraduría General del Estado se abstiene de emitir pronunciamiento sobre esta consulta

6.- La Procuraduría carece de competencia para pronunciarse, en base a lo que disponen los artículos 237 de la Constitución de la República, 3 letra e) y 13 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, en concordancia con la Resolución No. 17, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007, por haber sido el tema objeto de pronunciamiento del máximo Órgano Constitucional.

7.- En aplicación del principio de legalidad consagrado en el artículo 226 de la Constitución de la República, y conforme el análisis precedente, ni la Contraloría ni la Procuraduría General del Estado tienen competencia para emitir informes previos sobre los contratos que suscriban las entidades del sector público; y en el caso particular, sobre “los nuevos contratos derivados del Proceso de Renegociación, o la enmienda o confirmación de los contratos o acuerdos previamente suscritos por las Partes”, a los que se refiere su consulta.

8.- El pronunciamiento previo del Procurador General del Estado se requiere para autorizar el sometimiento a arbitraje en los siguientes casos:

1. En materia de Contratación Pública: debe entenderse en aquellos contratos que se regulan bajo esta materia. El pronunciamiento del Procurador General del Estado es un requisito previo para que las partes puedan someter sus diferencias a arbitraje.

Esta facultad del Procurador General del Estado, ha sido prevista en el artículo 190 de la Constitución del año 2008. Su aplicación no puede tener un carácter retroactivo, es decir, que la autorización de la Procuraduría General del Estado, bajo el artículo 190, es exigible en aquellos casos en que las partes acuerden someter sus diferencias con posterioridad a la promulgación de la Norma Suprema. Si el convenio arbitral fue pactado con anterioridad a esta fecha, no se requeriría informe previo del Procurador General del Estado bajo el

artículo 190, porque el cumplimiento del convenio podría ser exigido en cualquier momento a las partes.

De lo señalado en el párrafo anterior, se concluye que el consentimiento otorgado por las partes para la celebración de un convenio arbitral, no puede ser invalidado por la promulgación de una nueva norma constitucional que rige para lo futuro. Con ello, se concluye que la ratificación no es sino una declaración de las partes respecto de su voluntad de someter sus diferencias a un procedimiento de resolución de conflictos, conforme un mecanismo previamente acordado.

El criterio expresado en el párrafo anterior parte del entendido de que el convenio arbitral originalmente celebrado cumplió con los requisitos legales exigibles a la fecha de su suscripción, y que el contrato que se pretende suscribir regula el mismo objeto contractual respecto del cual se otorgó el consentimiento.

2. Cuando se someta la solución de controversias a arbitraje internacional, tal como se indicó en el caso anterior, al tratarse de una ratificación no involucra un nuevo convenio arbitral por lo que no se requiere pronunciamiento previo del Procurador General del Estado, a menos que el nuevo contrato no regule el mismo objeto para el cual se otorgó el consentimiento que se pretende confirmar, o modifique las condiciones del convenio arbitral ya pactado. En este último caso, el pronunciamiento se referirá al texto modificado.

9.- La Procuraduría General del Estado coincide con el criterio del Municipio de Quito que señala: “Si la ley ecuatoriana prevé la posibilidad de que las partes puedan someterse a un juez convencionalmente y se sometan a una ley extranjera para fundar sus derechos, no podría sostenerse razonablemente que la sujeción a una jurisdicción y legislación extranjeras pueda ser considerados contrarios al Derecho Público ecuatoriano.”

Conforme la normativa legal ecuatoriana, las empresas e instituciones públicas tienen el derecho a contratar, y les corresponde a ellas determinar las mejores condiciones contractuales.

Adicionalmente, mediante oficio T-4622 de 27 de julio de 2009, el Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República emitió su criterio respecto de la renuncia de legislación y jurisdicción:

“En este sentido, se analizará en cada caso concreto si los beneficios que traerla (sic) el mismo ameritarían la renuncia de legislación y jurisdicción. En cualquier caso, estas renunciaciones deberán hacerse,

preferiblemente, a instancias de legislación y jurisdicciones latinoamericanas.”, por lo que es responsabilidad de cada entidad evaluar la conveniencia de pactar el sometimiento a legislación y jurisdicción extranjeras.

10.- En virtud de que la Constitución de la República es la norma de mayor jerarquía, debe aplicarse al caso consultado lo dispuesto en el artículo 299 de la misma, por lo que en atención a los términos de su consulta, los recursos públicos deben manejarse en la banca pública, sin que la Regulación del Banco Central en la que se basa la premisa de su décima consulta pueda ser aplicada a los depósitos que no constituyan inversiones financieras.

OF. PGE. N°: 14638, de 11-06-2010

**MUNICIPALIDAD: FUNCIONARIOS DE LIBRE NOBRAMIENTO Y
REMOCIÓN - DESTITUCIÓN -**

CONSULTANTE:

MUNICIPIO DEL CANTÓN
GONZALO PIZARRO

CONSULTAS:

1. Con la información expuesta, puede la Municipalidad, remover de conformidad con lo que establecido en el Art. 175 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, a pesar de haber transcurrido 8 meses de la nueva administración municipal.

2.- Se puede remover a jefes departamentales, cuando así lo estime conveniente el señor Alcalde y de convenir a los intereses municipales de conformidad con la Ley, a pesar de haber sido servidores nombrados de carrera antes de la aprobación y publicación de la actual Ley orgánica (*sic*) de Régimen Municipal y de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa.

3.- Los contadores generales de las municipalidades, son considerados o no como funcionarios de libre nombramiento o remoción; y, si también se les considera como de libre nombramiento y remoción aquellos contadores que hubiesen sido de carrera y fueron nombrados antes de la expedición de la presente Ley Orgánica de Régimen Municipal y de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa”.

PRONUNCIAMIENTOS:

1.- Previa a la posesión de los cargos de Jefes de Adquisiciones; de Recursos Humanos; y, de Sistemas, dichos funcionarios

desempeñaban con anterioridad, dentro del Municipio, otros cargos que no son de libre nombramiento y remoción. Así, el Jefe de Adquisiciones era Comisario Municipal; la Jefa de Recursos Humanos desempeñaba las funciones de Asistente Administrativa; y, el Jefe de Sistemas tenía el cargo de Técnico en Informática. Posteriormente, cada uno de ellos, aceptaron los nombramientos de Jefes Departamentales y perdieron la condición de servidores de carrera, pasando a ser funcionarios de libre nombramiento y remoción, conforme lo dispone el artículo 92 de la Codificación de la LOSCCA invocado en el párrafo anterior.

En cuanto al cargo de Supervisor General de Talleres que es designado por el Alcalde, no se encuentra entre los considerados por el artículo 175 de la Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal como de libre nombramiento y remoción, pudiendo ser removido del puesto por el Alcalde, cuando así lo amerite, observando para el efecto el procedimiento que la Ley determina.

2.- Como se indicó al absolver la primera consulta, el artículo 175 de la Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal dispone que los directores, jefes departamentales, procurador síndico y tesorero concluyen sus funciones en la misma fecha del Alcalde, sin perjuicio de que puedan ser removidos por dicha autoridad municipal antes de la culminación de su período, cuando así lo amerite.

La disposición invocada es clara y no admite ninguna interpretación, como lo establece la regla primera del artículo 18 del Título Preliminar del Código Civil, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005, que dispone que cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu, por ende los jefes departamentales pueden ser removidos cuando así lo resuelva el Alcalde en funciones.

3.- Del análisis jurídico precedente y en razón de que en su consulta no se ha especificado la fecha en la que ha sido designado el Contador, como se lo hizo en el caso de los Jefes Departamentales, se concluye que el Contador General es un servidor municipal que ha sido y es designado por el Alcalde y que, al no constar en la enumeración taxativa prevista en el artículo 27 de la derogada Ley Orgánica Reformatoria a la Ley de Régimen Municipal que sustituyó al artículo 192 de la Ley de Régimen Municipal, ni en el artículo 175 de la vigente Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal como servidor de libre nombramiento y remoción, no tiene esta calidad, por lo cual la eventual separación de dicho servidor por parte de la Municipalidad solamente puede hacerse mediante la destitución

como sanción administrativa que se le imponga observando el procedimiento de ley.

OF. PGE. N°: 14973, de 29-06-2010

REAJUSTE DE PRECIOS: CARTAS DE CRÉDITO

CONSULTANTE: ETAPA EP

CONSULTAS:

1.- “¿Es procedente contractual y legalmente que ETAPA EP, reconozca el reajuste de precios por la emisión de las Cartas de Crédito pagadas íntegramente por ETAPA EP para la adquisición de bienes importados, en razón de que, en ningún caso se pueden adquirir compromisos para una finalidad distinta a la prevista en el respectivo presupuesto?”.

2.- “¿Es procedente contractual y legalmente que ETAPA EP, reconozca el pago bajo la modalidad de costo más porcentaje del valor de las compras adicionales de materiales importados, en lugar de pagarlos conforme a los precios unitarios constantes en el contrato?”.

PRONUNCIAMIENTOS:

1.- La carta de crédito es una forma de pago de bienes importados y el reajuste de precios constituye el mecanismo legal para recuperar el equilibrio económico del contrato si se producen variaciones en los precios unitarios del mismo, incluidos los bienes importados, en aplicación de la respectiva fórmula contractual de reajuste de precios prevista en la cláusula décimo segunda del contrato. En tal virtud, en atención a los términos de su consulta, en el caso de existir variaciones en los costos de los componentes de precios unitarios, se aplicará el reajuste de precios previsto en el artículo 86 de la derogada Codificación de la Ley de Contratación Pública, en los términos de la cláusula duodécima del Contrato, reajuste de precios que procede también sobre los bienes importados, cuyo valor se canceló, a través de una carta de crédito, pero no sobre la carta de crédito como tal.

2.- En atención a los términos de su consulta, no es procedente contractual ni legalmente que ETAPA EP, reconozca el pago bajo la modalidad de costo más porcentaje, del valor de las compras adicionales de materiales importados previstos en el contrato, sino que las diferencias en cantidades reales deben ser liquidadas y pagadas sobre la base de los precios unitarios constantes en el

contrato y la cláusula décimo sexta del contrato, que en el numeral 16.01, expresamente estipuló que si al ejecutarse la obra, se establecieran diferencias entre las cantidades reales y las que constan en el cuadro de cantidades estimadas en el Contrato, previo informe de fiscalización, la Entidad dispondrá el cambio correspondiente, el que constará en documento suscrito por las partes, manteniéndose en todo caso, los precios unitarios del Contrato; y, de existir variaciones en los costos de los componentes de precios unitarios, se aplicará el reajuste de precios previsto en el artículo 86 de la derogada Codificación de la Ley de Contratación Pública y cláusula duodécima del Contrato.

OF. PGE. N°: 14784, de 18-06-2010

**REAJUSTE DE PRECIOS: PLAZOS Y MULTAS
- PREVALENCIA DE PRONUNCIAMIENTOS -**

CONSULTANTE:

MUNICIPIO DEL CANTÓN
AMBATO

CONSULTA:

“¿Es procedente que los programas de obra que estuvieron vigentes a la fecha de ejecución de los trabajos, sobre cuya base se realizó la evaluación de cumplimiento del contrato sean desplazados tomando en cuenta que el cómputo del plazo de ejecución de los trabajos debe considerarse a partir de la fecha de notificación de que se encontraba a disposición del Contratista el anticipo reajustado?”.

PRONUNCIAMIENTO:

No es procedente que los programas de obra que estuvieron vigentes a la fecha de ejecución de los trabajos, sobre cuya base se realizó la evaluación de cumplimiento del plazo contractual, sean desplazados ya que conforme quedó señalado el plazo de ejecución de los trabajos debe contabilizarse a partir de la fecha de notificación al contratista de que se encontraba a su disposición el anticipo, sin su reajuste, y bajo tal consideración debieron fijarse los cronogramas de ejecución de los trabajos.

Adicionalmente, el Municipio de Ambato deberá tomar en cuenta las tres ampliaciones de plazo y reprogramaciones de obra, que según se señala en el numeral 4 de los antecedentes del oficio que se atiende, confirió la contratante: la primera, de 29 días por retraso en el otorgamiento de la licencia ambiental, autorizada con oficio No. 591-DA-2006 de 30 de mayo de 2006; la segunda, de cincuenta días por

incremento de obra, autorizada mediante oficio No. DA-08-424 de 9 de abril de 2008; y, la tercera, de 15 días por incremento de cantidades de obra autorizada en oficio No. OPM-08-4613 de 9 de septiembre de 2008, que totalizan una prórroga de 95 días.

El presente pronunciamiento deberá considerarse a efectos de la liquidación del contrato y particularmente en cuanto a los valores de las multas y el mecanismo de aplicación de las mismas que están estipuladas en la cláusula undécima, así como para el cálculo del reajuste de precios, cuya fórmula se establece en la cláusula duodécima del contrato que motiva su consulta.

Este pronunciamiento prevalecerá sobre el contenido en el oficio No. 007949 de 18 de junio de 2009.

OF. PGE. N°: 14561, de 07-06-2010

**REAJUSTE DEL ANTICIPO: PLAZO Y MORA
- RECONSIDERACIÓN -**

CONSULTANTE: MINISTERIO DE TRANSPORTE
Y OBRAS PÚBLICAS

CONSULTA:

Solicita la reconsideración del pronunciamiento emitido por este Organismo en oficio No. 12902 de 12 de marzo de 2010, por el que se atendió una consulta formulada por su antecesor, relacionada con el reajuste del anticipo, en relación con el plazo de ejecución de dos contratos de obra celebrados por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, con el Cuerpo de Ingenieros del Ejército.

PRONUNCIAMIENTO:

La multa debe ser aplicada en forma proporcional, esto es por los días de retraso únicamente, aplicando al efecto la fórmula de cálculo estipulada en la cláusula décimo tercera de los contratos, que establecen que la multa diaria será del dos por mil del monto total del contrato, por cada día de retraso.

En base a las consideraciones hechas en este pronunciamiento, se reconsidera el pronunciamiento anterior respecto a la forma de calcular el plazo de ejecución de las obras objeto de los contratos, que según se ha estipulado, corre desde la fecha en que el Ministerio hubiere notificado al contratista, Cuerpo de Ingenieros del Ejército, que el anticipo se encuentra disponible.

Este pronunciamiento prevalecerá sobre cualquier otro que se hubiere emitido sobre la materia consultada.

OF. PGE. N°: 14783, de 18-06-2010

RESCILIACIÓN DE CONTRATO DE TRASPASO DE DOMINIO: PAGO INDEBIDO DE IMPUESTOS MUNICIPALES

CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN
AMBATO

CONSULTA:

“¿Es legal y pertinente devolver lo pagado por el sujeto pasivo contribuyente por concepto de impuestos de Alcabala y Utilidad, cuando entre las partes intervinientes en la celebración del contrato de traspaso de dominio que origina estos impuestos, se celebra posteriormente una escritura pública de Resciliación de contrato?”.

PRONUNCIAMIENTO:

Si no se ha perfeccionado la transferencia de dominio del bien inmueble mediante la inscripción del título en el Registro de la Propiedad, que constituye el hecho generador del tributo de alcabalas por haberse otorgado la escritura de resciliación para dejar sin efecto el contrato de compraventa del bien raíz, por convención de las partes y una vez que se ha dado cumplimiento a la marginación dispuesta en el artículo 1724 del Código Civil, previa certificación del Notario, el contribuyente, de conformidad con el artículo 463 de la Ley Orgánica puede interponer la acción de pago indebido ante el director del departamento financiero, siguiendo el trámite establecido en el artículo 305 y siguientes del Código Tributario.

Adicionalmente, con relación al impuesto de utilidad o plusvalía de venta de inmuebles, la Ley Orgánica de Régimen Municipal no ha previsto una disposición especial cuando las partes dejan sin efecto el contrato de compraventa, como en el caso planteado; pero es evidente que no se produce el hecho generador establecido en el artículo 372 ibídem, que es la obtención de utilidad proveniente de la venta por parte del vendedor, por lo que igualmente se trata de un pago no debido y al amparo del artículo 463 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, corresponde al contribuyente interponer la acción de pago indebido ante el director del departamento financiero, siguiendo el trámite establecido en el artículo 305 y siguientes del Código Tributario.

OF. PGE. N°: 14964, de 29-06-2010