



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO

J BOLETÍN
URÍDICO
NÚMERO 6

ENERO - JUNIO 2011

Dr. Diego García Carrión
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Dr. Rafael Parreño Navas
SUBPROCURADOR GENERAL DEL ESTADO



J BOLETÍN
URÍDICO
NÚMERO 6

ENERO - JUNIO DE 2011

ELABORACIÓN

Dirección Nacional de Asesoría Jurídica

FUENTE

Dirección Nacional de Consultoría

DIFUSIÓN

Unidad de Comunicación Social

Procuraduría General del Estado

Robles 731 y Amazonas

Teléfono: 02-256 2080

Quito - Ecuador

Portal web: www.pge.gob.ec

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	9
ABREVIATURAS	11
ACCESO A LA INFORMACIÓN	
Auditoría Externa	15
AGUA POTABLE	
Competencia para aprobar plan tarifario	19
BANCO CENTRAL DEL ECUADOR	
Utilidades a su favor como único accionista del Banco del Pacífico S.A	27
BOMBEROS	
Exoneración de matriculación vehicular	34
Transformación de la Empresa Municipal Cuerpo de Bomberos	38
CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN	
Tesorero de Empresa Municipal	42
COMISIÓN DE SERVICIOS SIN REMUNERACIÓN	
Funcionario a periodo fijo	55
COMODATO	
Asociación de árbitros de fútbol	58
Procedimiento para la suscripción	60
COMPAÑÍAS PETROLERAS	
Cuota redimible a la CORPEI	65
CONCEJALES	
Dietas, viáticos y horario de trabajo	76
Licencia, jornada de trabajo y subrogación	90
Régimen de remuneraciones y más beneficios adicionales	98
CONCURSO DE MÉRITOS Y OPOSICIÓN	
Cargos de libre nombramiento y remoción	105
Nombramiento de vicerrector	111
CONTRATACIÓN DE ÍNFIMA CUANTÍA	
Ejecución individual del contrato	114
CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS	
Reajuste de precios	125
CONTRATOS	
Recepción de obras diferentes a las contractuales, devolución de garantías, pago de planillas, liquidación y convenio de pago	133
Terminación del convenio por mutuo acuerdo	142
CONTRATOS DE SERVICIOS OCASIONALES CONTÍNUOS DE MÚSICOS	
Nombramientos	148
CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE MEJORAS	
Subsidios, exoneración a discapacitados y adulto mayores	155

CONVENIO DE PAGO	
Prestaciones de bienes y servicios	165
CONVENIO MARCO DE COOPERACIÓN INTERINSTITUCIONAL	
Gestión compartida con las juntas parroquiales	176
CONVENIOS DE COOPERACIÓN	
Inversión Social	186
DIETAS	
Comisiones técnicas	198
Dignatarios de elección popular que conforman directorios de federación deportiva.....	203
Miembros del Concejo Cantonal de la Niñez de otra jurisdicción.....	209
EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL	
Crédito con entidades públicas y privadas.....	217
EMPRESAS INCAUTADAS POR LA AGD	
Procedimientos de contratación	221
EMPRESAS PÚBLICAS	
Alianza estratégica	225
Exoneración de tasas	243
Naturaleza jurídica, exención de tributos, proceso coactivo e irretroactividad de la ley.....	256
EMPRESAS PÚBLICAS PETROECUADOR Y PETROAMAZONAS	
Régimen legal para la celebración de contratos de exploración y explotación de hidrocarburos	270
ENERGÍA ELÉCTRICA	
Compensación por privación de derecho del 2% al Municipio de Guayaquil.....	276
ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA	
Elecciones y subrogación	283
ESTÍMULOS ECONÓMICOS	
Subsidios familiar, antigüedad y años de servicio.....	291
FONDO DE RESERVA Y CESANTÍA	
Computo y forma de pago	297
GARANTÍAS	
Devolución al amparo de la derogada ley de consultoría.....	304
IMPUESTO A LA PLUSVALÍA	
Transferencia de inmuebles con nuevas construcciones.....	310
IMPUESTOS	
Tasas de aprobación de planos e inspección de construcciones.....	320
Utilidad y plusvalía de venta, donación - Fideicomiso de inmuebles urbanos.....	324
JUBILACIÓN	
Miembros de las Fuerzas Armadas que no gozan de pensión de retiro - reingreso	334
JUBILACIÓN OBLIGATORIA	
Exclusión funcionarios del nivel jerárquico superior.....	343

JUBILACIÓN VOLUNTARIA	
Trabajador que laboró a medio tiempo	347
JUNTA PARROQUIAL	
Atribuciones del Presidente	353
Remuneraciones, aportaciones al IESS y otros beneficios de ley a miembros de la junta	358
MÉDICOS	
Año rural de Medicina - Graduados en el exterior	373
MIEMBROS DE COMISIONES PERMANENTES DEL CONCEJO	
Período de duración	378
MIEMBROS DEL DIRECTORIO	
Servicio de refrigerio y ejecución del plan anual de comunicación	383
MULTAS	
Compensación de valores y acta de entrega - recepción	392
Entidades del sector público. Pago de planillas pendientes	413
Mora purga la mora	420
NEPOTISMO	
Docentes contratados no titulares con miembros del H. Consejo Universitario	427
Entre Concejal y tío materno, primo paterno y cuñado	433
Miembros del H. Consejo Superior en unión de hecho	443
PATRONATO MUNICIPAL	
Servicio de carácter social, personas de escasos recursos económicos. Supresión de puestos	448
PATRONATO MUNICIPAL DE AMPARO SOCIAL	
Asistencia social a grupos de atención prioritaria	459
PENSIÓN DE MONTEPÍO	
Derechohabientes de las Fuerzas Armadas	465
PLURIEMPLEO	
Vocal y Cónsul General Honorario	470
PRESUPUESTO	
Competencia para aprobar proformas presupuestarias del sector público-CFN	477
PROCESOS PRECONTRACTUALES	
Convalidación de errores, alcance de la frase "error sustancial"	483
RECURSOS FINANCIEROS PÚBLICOS	
Inversiones en el extranjero por parte del Banco Central del Ecuador	489
RÉGIMEN JURÍDICO, SOCIETARIO Y LABORAL	
Industrias Guapán S.A.	493
REINGRESO AL SECTOR PÚBLICO	
Jubilados de las Fuerzas Armadas	502
REMUNERACIONES	
Servidores del Consejo Provincial	509

SEGURO DE DEPÓSITOS

Liquidación del fondo de seguros del BEV 515

SERVICIOS PROFESIONALES

Contratación de instructores 524

SERVIDORES JUDICIALES

Régimen Administrativo - Retiro obligatorio 529

TERMINACIÓN UNILATERAL Y POR MUTUO ACUERDO

Procedimiento 536

TÍTULOS ACADÉMICOSCompetencia para inscripciones pendientes de registro
con el ex Conesup 546**TÍTULOS DE PROPIEDAD**Transferencia de dominio del porcentaje respectivo para áreas
verdes y comunales de lotización 554**TURISMO**Competencia para calificar proyectos turísticos-Convenios
de descentralización 565**UNIVERSIDAD**

Creación de tasas como fuentes complementarias de ingreso 571

Elección de autoridades académicas 575

Elección de representantes, cogobierno estudiantil y
participación de empleados 579**VACACIONES**

Tiempo de acumulación y pago por cesación de funciones 589

VEHÍCULOS

Restricción para la adquisición 593

VIÁTICOS, SUBSISTENCIAS, DIETAS Y**TELEFONÍA CELULAR**

Miembros de cuerpos colegiados 599

VICEALCALDE

Período de duración 606

PRESENTACIÓN

En la labor de asesor legal del Estado, la Procuraduría General del Estado como institución, y los servidores del área de Consultoría, desarrollan una investigación jurídica que se concreta en una herramienta de trabajo idónea y fiel en la búsqueda de soluciones a las interrogantes presentadas por las instituciones del sector público.

El pronunciamiento del Procurador General del Estado intenta cubrir todos los aspectos jurídicos materia de una consulta, a través de la cual se pretende la inteligencia sobre la aplicación de una norma, con la finalidad de explicar motivadamente la correcta aplicación de la Ley y más normas atinentes al caso.

Fruto de ese trabajo, entregamos un nuevo compendio de pronunciamientos con temas de interés nacional, entre los que destacan los relacionados a: concurso de méritos y oposición; contratación de ínfima cuantía; ejecución individual de contrato; recepción de obras diferentes a las contractuales; devolución de garantías; pago de planillas; liquidación y convenio de pago; terminación de convenio por mutuo acuerdo; crédito con entidades públicas y privadas; régimen legal para la celebración de contratos de exploración y explotación de hidrocarburos; cómputo y forma de pago del fondo de reserva y cesantía; impuestos; jubilación; pluriempleo; reingreso al sector público; vacaciones, etc.

Con la presente entrega, los servidores del Estado tendrán fácil acceso a los pronunciamientos del Procurador General del Estado sobre la correcta aplicación de la Ley y contarán con una herramienta eficaz en su labor cotidiana.

Dr. Diego García Carrión

PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

ABREVIATURAS

ACUERDO	A.
ACUERDO MINISTERIAL	A.M.
AGENCIA DE GARANTÍAS DE DEPÓSITOS	AGD
ARTÍCULO	Art.
ASOCIACIÓN DE ÁRBITROS DE FÚTBOL AMATEUR DE SUCUMBÍOS	ADAFAS
ASOCIACIÓN DE MUNICIPALIDADES DEL ECUADOR	AME
AUTORIDAD PORTUARIA DE MANTA	APM
AUTORIDAD PORTUARIA DE PUERTO BOLÍVAR	APPB
BANCO DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL	BIESS
BANCO ECUATORIANO DE LA VIVIENDA	BEV
CÓDIGO ORGÁNICO DE ORGANIZACIÓN TERRITORIAL, AUTONOMÍA Y DESCENTRALIZACIÓN	COOTAD
CONCEJO CANTONAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTÓN CUMANDÁ	CCNA-C
CONSEJO DE EDUCACIÓN SUPERIOR	CES
CONSEJO DE EVALUACIÓN, ACREDITACIÓN Y ASEGURAMIENTO DE LA CALIDAD DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR	CEAACES
CONSEJO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y CONTROL SOCIAL	CPCCS
CONSEJO DE SEGURIDAD NACIONAL	COSENA
CONSEJO NACIONAL DE DISCAPACIDADES	CONADIS
CONSEJO NACIONAL DE EDUCACIÓN SUPERIOR	CONESUP
CONSEJO NACIONAL DE ELECTRICIDAD	CONELEC
CONSEJO NACIONAL DE EVALUACIÓN Y ACREDITACIÓN DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR	CONEA
CONSEJO NACIONAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA	CNNA
CONSEJO NACIONAL DE VALORES	CNV
CONSEJO NACIONAL DE SALARIOS	CONADES
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL	CNE
CORPORACIÓN ADUANERA ECUATORIANA	CAE
CORPORACIÓN DE PROMOCIÓN DE EXPORTACIONES E INVERSIONES	CORPEI
CORPORACIÓN NACIONAL DE ELECTRICIDAD S.A.	CNEL S.A.
DECRETO EJECUTIVO	D.E.
DECRETO SUPREMO	D.S.

DIRECCIÓN GENERAL DE LA MARINA	
MERCANTE Y DEL LITORAL	DIGMER
DISPOSICIÓN GENERAL	DISP. GEN.
DISPOSICIÓN TRANSITORIA	DISP. TRANS.
EMPRESA MUNICIPAL DE AGUA POTABLE Y	
ALCANTARILLADO DE IBARRA	EMAPA-I
EMPRESA PÚBLICA DE AGUA POTABLE	
Y ALCANTARILLADO DEL CANTÓN SANTA ROSA	EMAPASR-EP
EMPRESA PÚBLICA DE	
EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN	
DE HIDROCARBUROS	PETROAMAZONAS EP
EMPRESA PÚBLICA DE	
PETRÓLEOS DEL ECUADOR.....	EP PETROECUADOR
EMPRESA PÚBLICA HIDROELÉCTRICA DE	
ZAMORA CHINCHIPE.....	HIDROZACHIN EP
EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE AGUA POTABLE Y	
ALCANTARILLADO DE GUARANDA	EMAPA-G
EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE AGUA POTABLE Y	
ALCANTARILLADO DE PORTOVIEJO.....	EMAPAP
EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE AGUA POTABLE Y	
ALCANTARILLADO DE SUCÚA	EMAP-S
EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE SANEAMIENTO	
AMBIENTAL DE BABAHOYO	EMSABA EP
EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL MERCADO DE	
PRODUCTORES AGRÍCOLAS "SAN PEDRO DE	
RIOBAMBA	EP-EMMPA
ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA DE CHIMBORAZO	ESPOCH
ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA DEL LITORAL	ESPOL
FEDERACIÓN DE ESTUDIANTES UNIVERSITARIOS DEL ECUADOR	FEUE
FLOTA PETROLERA ECUATORIANA	FLOPEC
FONDO ECUATORIANO DE INVERSIÓN DE LOS SECTORES	
ESTRATÉGICOS E HIDROCARBURÍFEROS	FEISEH
FUERZA AÉREA ECUATORIANA	FAE
FUNDACIÓN PARA LA EXTENSIÓN POLITÉCNICA	FUNDESPOL
GAS LICUADO DE PETRÓLEO	GLP
GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS	GADS
IMPUESTO AL VALOR AGREGADO	IVA
INSTITUTO DE LA NIÑEZ Y LA FAMILIA	INFA
INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE LA POLICÍA NACIONAL	ISSPOL

INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS	ISSFA
INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL	IESS
INSTITUTO NACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS	INCOP
LEY DE COMERCIO EXTERIOR E INVERSIONES	LEXI
LEY ORGÁNICA DE ADMINISTRACIÓN FINANCIERA Y CONTROL	LOAFYC
LEY ORGÁNICA DE EDUCACIÓN SUPERIOR	LOES
LEY ORGÁNICA DE EMPRESAS PÚBLICAS	LOEP
LEY ORGÁNICA DE RESPONSABILIDAD, ESTABILIZACIÓN Y TRANSPARENCIA FISCAL	LORETIF
LEY ORGÁNICA DE SERVICIO CIVIL Y CARRERA ADMINISTRATIVA Y DE UNIFICACIÓN Y HOMOLOGACIÓN DE REMUNERACIONES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS	LOSCCA
LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO	LOSEP
LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	LOSNCPL
LITERAL	Lit.
MINISTERIO DE DESARROLLO URBANO Y VIVIENDA	MIDUVI
MINISTERIO DE INCLUSIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL	MIES
MINISTERIO DE INDUSTRIAS Y PRODUCTIVIDAD	MIPRO
MINISTERIO DE RELACIONES LABORALES	MRL
MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OBRAS PÚBLICAS	MTOP
NUMERAL	num.
NÚMERO	N°
OFICIO	Of.
ORDENANZA	O.
ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS	OEA
ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES	ONGS
PLAN ANUAL DE CONTRATACIONES	PAC
PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO	PGE
REGISTRO OFICIAL	R.O.
REGISTRO OFICIAL SUPLEMENTO	R.O.S.
REGISTRO ÚNICO DE PROVEEDORES	RUP
RESOLUCIÓN	Res.
SECRETARÍA NACIONAL DE EDUCACIÓN SUPERIOR, CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN	SENESCYT
SECRETARÍA NACIONAL DE PLANIFICACIÓN Y DESARROLLO	SENPLADES

SECRETARÍA NACIONAL DEL AGUA	SENAGUA
SECRETARÍA NACIONAL TÉCNICA DE DESARROLLO DE RECURSOS HUMANOS Y REMUNERACIONES DEL SECTOR PÚBLICO	SENRES
SEGURO OBLIGATORIO DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO	SOAT
SISTEMA DE OLEODUCTO TRANSECUATORIANO	SOTE
SISTEMA NACIONAL DE FINANZAS PÚBLICAS	SINFIP
SOCIEDAD DE AUTORES Y COMPOSITORES ECUATORIANOS	SAYCE
TONELADA MÉTRICA	T.M.
UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS HUMANOS	UARHS
UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA DEL ECUADOR	UCCE

ACCESO A LA INFORMACIÓN: AUDITORIA EXTERNA

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE JUSTICIA, DERECHOS HUMANOS Y CULTOS

CONSULTAS:

1. “¿El Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, de conformidad con lo determinado en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Reformatoria al Código Penal y al Código de Procedimiento Penal, está obligado a contratar una Auditoria Externa, la cual deberá presentar un informe detallado de la actuación de los jueces de garantías penales y los fiscales de todo el país, relacionado al ejercicio de todas sus responsabilidades constitucionales y legales?”.
2. “¿El Pleno del Consejo de la Judicatura o su Presidente, en virtud de lo consagrado en la Constitución de la República del Ecuador y en la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, está obligado a brindar facilidades logísticas necesarias para que la Institución Contratada por el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, tenga acceso a la información pública requerida y dar cumplimiento al objeto contractual?”.

BASES LEGALES:

- Constitución de la República del Ecuador Arts. 18, 120 num. 6, 226, 429 y 436 num. 1.
- Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública Arts. 1, 3, 4, 5 y 21.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional Arts. 7 y 47.
- Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado Arts. 3 lit. e) y 13.
- Código Civil Art. 18 regla primera.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. La Ley Reformatoria al Código Penal y Código de Procedimiento Penal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 160 de 29 de marzo de 2010, en su Disposición Transitoria Tercera dispone:

“En los 30 días siguientes de la entrada en vigencia de esta reforma, el Ministerio de Justicia contratará una auditoria externa que deberá presentar un informe detallado de la actuación de los jueces de garantías penales y los fiscales de todos

el país; respecto del ejercicio de todas sus responsabilidades constitucionales y legales”.

De la norma previamente citada, se evidencia que ésta ha impuesto al Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, la responsabilidad de contratar una auditoría externa que informe detalladamente sobre la actuación de los jueces de garantía penales y los fiscales a nivel nacional, respecto del ejercicio de sus responsabilidades constitucionales y legales.

El artículo 120 numeral 6 de la Constitución de la República, determina como atribución de la Asamblea Nacional, la expedición, codificación, reforma, derogatoria e interpretación con carácter generalmente obligatorio de la leyes, por lo que el referido Organismo Legislativo, en ejercicio de sus competencias, aprobó la Ley Reformatoria al Código Penal y Código de Procedimiento Penal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 160 de 29 de marzo de 2010, que he citado en el párrafo precedente.

La regla primera 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.

En virtud del análisis jurídico precedente, en atención a los términos de su consulta, se concluye que el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, de conformidad con lo determinado en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Reformatoria al Código Penal y al Código de Procedimiento Penal, estaba obligado a contratar una Auditoría Externa, de la actuación de los jueces de garantías penales y los fiscales de todo el país, relacionado al ejercicio de todas sus responsabilidades constitucionales y legales.

Esta Procuraduría no se pronuncia sobre los concursos públicos llevados a cabo por el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, que se mencionan en su consulta, ni sobre el procedimiento de contratación directa con la Universidad de Talca y el respectivo Contrato de Consultoría celebrado entre el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos y la Universidad de Talca el 12 de noviembre de 2010, protocolizado el 29 de noviembre de 2010, que en copia certificada se ha remitido a esta Procuraduría, ya que no es materia de su consulta.

El presente pronunciamiento no implica pronunciamiento ni interpretación sobre normas constitucionales, puesto que aquello corresponde a la Corte Constitucional, como máxima instancia de interpretación y control constitucional, al tenor de los artículos 429 y 436 numeral 1 de la Constitución de la República.

2. En los antecedentes referidos tanto en el oficio de consulta, como en el criterio jurídico del Ministerio, contenido en el memorando No. MJDH-DJ-149-11, se señala que el Presidente del Consejo Nacional de la Judicatura el 16 de noviembre de 2010, firmó entre otras autoridades, como testigo de honor la ratificación del contrato celebrado con la Universidad de Talca y el Ministerio a su cargo, cuya copia se ha remitido a esta Procuraduría y que en la parte pertinente expresa lo siguiente: “Con estos antecedentes, los testigos de honor acuerdan apoyar el contrato referido, sobre la base de la experiencia chilena, a fin de mejorar el sistema judicial en la República del Ecuador, por ser una demanda impostergable, una necesidad que marca todo intento posterior de mejora en la calidad de la atención estatal al ciudadano y al ejercicio de sus derechos”.

El artículo 226 de la Constitución de la República, consagra el principio de legalidad por el cual las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias pueden ejercer únicamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Adicionalmente, la parte final de la indicada norma impone a dichas entidades “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”.

Con relación al derecho a la información, el ordinal primero del artículo 18 de la Constitución de la República, dispone lo siguiente:

“Art. 18.- Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:

1. Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior”.

De su parte, la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, con relación al tema, dispone lo siguiente:

“Art. 1.- Principio de Publicidad de la Información Pública.- El acceso a la información pública es un derecho de las personas que garantiza el Estado.

Toda la información que emane o que esté en poder de las instituciones, organismos y entidades, personas jurídicas de derecho público o privado que, para el tema materia de la información tengan participación del Estado o sean concesionarios de éste, en cualquiera de sus modalidades, conforme lo dispone la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; las organizaciones de trabajadores y servidores de las instituciones del Estado, instituciones de educación superior que perciban rentas del Estado, las denominadas organizaciones no gubernamentales (ONGs), están sometidas al principio de publicidad; por lo tanto, toda información que posean es pública, salvo las excepciones establecidas en esta Ley”.

“Art. 3.- **Ámbito de Aplicación de la Ley.**- Esta Ley es aplicable a:

a) Los organismos y entidades que conforman el sector público en los términos del artículo 118 de la Constitución Política de la República...”.

“Art. 4.- **Principios de Aplicación de la Ley.**- En el desarrollo del derecho de acceso a la información pública se observarán los siguientes principios:

c) El ejercicio de la función pública, está sometido al principio de apertura y publicidad de sus actuaciones...”.

“Art. 5.- **Información Pública.**- Se considera información pública, todo documento en cualquier formato, que se encuentre en poder de las instituciones públicas y de las personas jurídicas a las que se refiere esta Ley, contenidos, creados u obtenidos por ellas, que se encuentren bajo su responsabilidad o se hayan producido con recursos del Estado”.

“Art. 21.- **Denegación de la Información.**- La denegación de acceso a la información o la falta de contestación a la solicitud, en el plazo señalado en la ley, dará lugar a los recursos administrativos, judiciales y constitucionales pertinentes y, a la imposición a los funcionarios, de las sanciones establecidas en esta Ley”.

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, determina como su objeto el regular la jurisdicción constitucional, con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza; y, garantizar la eficacia y la supremacía constitucional.

Adicionalmente, el Título II de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que trata sobre las Garantías Jurisdiccionales de los Derechos Constitucionales, en su artículo 7 determina la competencia de la justicia ordinaria para conocer las acciones previstas en dicho Título y entre ellas el Capítulo V, artículo 47 establece la acción de acceso a la información pública, cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, cuando se creyere que la información proporcionada no es completa o ha sido alterada o cuando se ha negado al acceso físico a las fuentes de información.

De las disposiciones legales previamente citadas, se establece que en los casos en que no se permita el acceso a la información pública, la acción de acceso a dicho información se ejercita ante justicia ordinaria.

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

La Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, en los artículos 3 letra e) y 13, dispone que compete al Procurador asesorar y absolver consultas jurídicas con carácter vinculante sobre la inteligencia o aplicación de las normas legales o de otro orden jurídico, a pedido de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público.

Con fundamento en el análisis jurídico realizado y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 237 de la Constitución de la República y artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, este Organismo se abstiene de atender su segunda consulta, por ser competencia de los órganos jurisdiccionales correspondientes.

OF. PGE. N°: 01706. de 09-05-2011

AGUA POTABLE: COMPETENCIA PARA APROBAR PLAN TARIFARIO

ENTIDAD CONSULTANTE: EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE PORTOVIEJO, EPMAPAP

CONSULTA:

“¿Es procedente que el Directorio de la Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Portoviejo de acuerdo a la normativa legal expuesta, haya aprobado el plan tarifario de agua potable para la Ciudad de Portoviejo, sin la necesidad de Ordenanza Municipal?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 264 num. 4, 301 y 315.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 55 lit. e), 57, 137, 186, 277 y 566.

Ley Orgánica de Régimen Municipal Arts. 63 num. 16, 191, 330, 390 y 391 (derogada).

Reglamento para la Administración de los Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado de la EMAPAP Art. 67.

Ordenanza Sustitutiva a la Ordenanza de creación de la Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Portoviejo, EPMAPAP Arts. 3, 5 lit. c), 10 num. 4 y 11

PRONUNCIAMIENTO:

En la comunicación inicial de consulta expone que el Directorio de la Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Portoviejo, EPMAPAP, mediante Resolución de 13 de julio de 2010, aprobó el pliego tarifario propuesto por la consultoría realizada para el efecto por la Escuela Politécnica del Litoral, que se elaboró técnicamente sobre la realidad operacional y administrativa de esa empresa pública.

En el informe del señor Asesor Jurídico de esa empresa, contenido en oficio No. EMP11ALEMEMO0019 de 21 de enero de 2011, que se ha remitido en atención a nuestro requerimiento, se cita entre otras normas el artículo 11 de la Ordenanza Sustitutiva a la Ordenanza de creación de la Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Portoviejo, EPMAPAP, que asigna atribuciones al Directorio de esa empresa pública; así como el artículo 191 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, vigente al tiempo en que se aprobó por el Directorio el plan tarifario, norma que confería a los Directorios de las empresas públicas municipales, competencia para aprobar las tarifas por la prestación de servicios, sobre la base de los estudios técnicos que presenten las direcciones respectivas, ajustados a la función social que deben cumplir las municipalidades.

Añade el citado informe jurídico, que el artículo 67 del Reglamento para la Administración de los Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado de la EMAPAP, aprobado por el Directorio de esa Empresa en sesión de 10 de diciembre del año 2007, cuya copia certificada se ha remitido a pedido nuestro, dispone que la Gerencia ponga a consideración del Directorio de la Empresa, en forma trimestral, los balances de cuentas de agua potable y gastos de alcantarillado, a fin de tomar las medidas necesarias y realizar los ajustes convenientes en las tarifas y gastos en los sistemas de alcantarillado si el caso amerita.

Sobre dicha base normativa, concluye el informe jurídico manifestando que: “de manera motivada, el Directorio de la EPMAPAP, en sesión realizada el día 13 de julio del 2010 y mediante la correspondiente Resolución, resolvió aprobar el Pliego Tarifario propuesto por la Consultoría realizada para tal efecto por la Escuela Politécnica del Litoral “ESPOL”, mismo que se elaboró técnicamente sobre la realidad operacional y administrativa de la institución, y que fue puesto en consideración del Directorio por parte de la Gerencia General; Resolución que se encuentra debidamente sustentada por lo establecido en el artículo 191 y 390 de la Ley Orgánica del Régimen Municipal, además del principio de Autonomía tanto Administrativa como de Gestión que goza la Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Portoviejo; y se considera como sustento total y suficiente, la resolución del Directorio citada, en apego a la normativa aplicable al respecto...”.

Entre los documentos que se han remitido en atención a nuestro pedido, consta copia certificada de la parte resolutive de la acta de la sesión ordinaria de Directorio de esa empresa pública, celebrada el 13 de julio de 2010, en la que el Directorio de la EPMAPAP, luego de analizar los planteamientos formulados por la Gerencia, resolvió aplicar los pliegos tarifarios según estudio de la ESPOL, aprobando tarifas según categorías de usuarios y rango de consumo. La letra a) de la parte pertinente de dicha Resolución, establece:

“a) Aplicación de pliegos tarifarios según estudio de la ESPOL.- Se aprueba la siguiente tarifa, según las categorías que se señalan:

Categoría	Rango de consumo	Tarifa USD por M3
MIES/Residencial	0-10 m3	0.45
Residencial 1	0-30 m3	0.60
Residencial 2	30-300 m3	0.75

Comercial	0-2.000 m3	1.00
Industrial	0 en adelante	1.50”

Se ha remitido además, copia certificada del contrato de consultoría celebrado entre la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Portoviejo, EMAPAP, y la Fundación para la Extensión Politécnica (FUNDESPOL), suscrito el 19 de febrero de 2009, cuyo objeto, estipulado en la cláusula cuarta, fue la prestación de servicios de consultoría, “requeridos para la implementación de la Estructura del Manejo de Contabilidad de Costos; Estudios sobre Tarifas diferenciadas...”.

En la cláusula segunda del referido contrato, “Antecedentes”, consta que la Corporación Andina de Fomento y el Ministerio de Economía y Finanzas, en mayo de 2006, suscribieron un contrato de préstamo para la realización del proyecto “Plan Maestro de Agua Potable de la ciudad de Portoviejo”, cuyo organismo ejecutor es la Municipalidad de ese cantón, proyecto que contempla entre otros componentes, el fortalecimiento de la capacidad institucional de la EMAPAP (componente 3); y, como actividad específica, el análisis de la contabilidad de costos y tarifas de esa empresa, para coadyuvar al mejoramiento de sus procesos.

En la misma cláusula segunda del contrato de consultoría, consta además que la Municipalidad de Portoviejo y la EMAPAP, suscribieron el 25 de noviembre de 2008, un Convenio de Transferencia de Fondos “destinados para contratar la Consultoría con la Escuela Superior Politécnica del Litoral (ESPOL) para la implementación de la Estructura de Manejo de Contabilidad de Costos, estudios sobre tarifas diferenciadas, Proceso de Capacitación y Sistema de Contabilidad de Costos integrados a la Operación Comercial dentro del Componente 3”.

La Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, establece que las empresas públicas estatales existentes, 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, cuando la máxima autoridad del gobierno autónomo descentralizado, emita la ordenanza de creación de la nueva empresa pública, aquellas dejarán de existir y transferirán su patrimonio a la nueva empresa pública que se cree.

En aplicación de la última disposición citada, mediante Ordenanza Municipal publicada en el Registro Oficial No. 244 de 27 de julio de 2010, el Concejo Cantonal de Portoviejo, expidió la Ordenanza reformativa a la Ordenanza sustitutiva de creación de la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Portoviejo, EPMAPAP, cuyo artículo 2, le confiere el carácter de empresa pública.

El artículo 3 de la citada Ordenanza, establece que el objetivo de la EPMAPAP es “la prestación de los servicios públicos de agua potable y alcantarillado sanitario y pluvial del cantón Portoviejo...”; y, el numeral 16 del artículo 11 *ibídem*, que determina las atribuciones del Directorio, se remite a “las demás que le asigne la ley”.

El numeral 16 del artículo 63 de la derogada Codificación a la Ley Orgánica de Régimen Municipal, asignaba al Concejo Municipal atribución para fijar y revisar las tarifas para consumo de agua potable y demás servicios públicos susceptibles de ser prestados mediante el pago de las respectivas tasas, “cuando sean proporcionados directamente por el municipio”.

Para el caso en que el servicio público fuera prestado por empresas municipales, el artículo 191 de la citada Ley, disponía que:

“En el caso de constitución de empresas públicas municipales, salvo las excepciones establecidas en esta Ley, el directorio de la empresa aprobará las tarifas por la prestación de los servicios, sobre la base de los estudios técnicos que presenten las direcciones respectivas, ajustados a la función social que deben cumplir las municipalidades.

Las tarifas que se aprueben deberán cubrir la totalidad de los costos de la prestación del servicio. En el caso de aprobarse tarifas subsidiadas, se establecerán mecanismos de compensación entre los sectores que tienen mayores ingresos y los de menores recursos, de manera que queden cubiertos, por lo menos, los costos de los servicios”.

El Capítulo V de la derogada Codificación a la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en su Art. 390, establecía que tanto las municipalidades como las empresas municipales de agua potable, “fijarán las tasas de agua en función del costo de producción del servicio y de la capacidad contributiva de los usuarios”.

Conforme se desprende de las normas citadas de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, correspondía al Concejo Municipal fijar las tasas de servicios públicos, entre éstos el de agua potable y alcantarillado, cuando se trataba de servicios proporcionados directamente por la municipalidad; mientras que se asignaba al Directorio de las empresas municipales, competencia para aprobar las tarifas correspondientes a la prestación de servicios públicos.

Sobre dicha base normativa, en atención a una consulta formulada por la Empresa Pública EMAPASR-EP, la Procuraduría General del Estado se pronunció en el sentido de que “es procedente que las tarifas por el servicio de agua potable y alcantarillado, sean fijadas por el Directorio de la Empresa Pública de Agua Potable y Alcantarillado del Cantón Santa Rosa, EMAPASR-EP, de conformidad con la atribución que le confieren el artículo 191 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal y los artículos 5 letra c) y 10 numeral 4 de su Ordenanza de Creación, sin que en consecuencia se requiera que la Municipalidad expida una Ordenanza sobre el tema”.

Con posterioridad a dicho pronunciamiento, en el suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010, se promulgó el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), que derogó a la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

La letra e) del artículo 55 vigente Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, establece como competencia exclusiva del gobierno autónomo descentralizado municipal, la de “e) Crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanzas, tasas, tarifas y contribuciones especiales de mejoras”.

La prestación de servicios públicos de agua potable, según los artículos 264 numeral 4 de la Constitución de la República y 137 del COOTAD, son competencias exclusivas que les corresponde ejecutar a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, con sus respectivas normativas.

De conformidad con los artículos 315 de la Constitución de la República y 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, el Estado puede constituir empresas públicas, entre otros fines, para la prestación de servicios públicos y la letra j) del artículo 57 del COOTAD, asigna al Concejo Municipal, atribución para aprobar la

creación de empresas públicas “para la gestión de servicios de su competencia u obras públicas cantonales”.

De las normas hasta aquí citadas, se desprende que las empresas públicas municipales pueden gestionar la prestación de los servicios públicos de competencia municipal.

Sin embargo, el citado Código Orgánico no asigna a las Empresas Públicas Municipales, competencia para aprobar tarifas por la prestación de servicios públicos, como sí lo hacía el artículo 191 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, que disponía: “Art. 191.- En el caso de constitución de empresas públicas municipales, salvo las excepciones establecidas en esta Ley, el directorio de la empresa aprobará las tarifas por la prestación de los servicios, sobre la base de los estudios técnicos que presenten las direcciones respectivas, ajustados a la función social que deben cumplir las municipalidades”. La Ley Orgánica de Empresas Públicas, en su artículo 9, tampoco incluye entre las atribuciones del Directorio de esas empresas, una que le permita regular las tarifas de los servicios públicos que prestan.

La ausencia de norma que asigne a las Empresas Públicas Municipales competencia para aprobar tarifas por los servicios que prestan, determina que no tengan dicha atribución, en aplicación del principio de legalidad que rige en Derecho Público, establecido en el artículo 226 de la Constitución de la República que dispone: “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...”.

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

El artículo 277 del citado COOTAD, prevé la creación de empresas públicas por parte de los gobiernos municipales y el artículo 225 *ibidem*, incluye entre los ingresos tributarios de las municipalidades, a las tasas que recaude la tesorería o quien haga sus veces de los gobiernos autónomos descentralizados, no incluyéndose, por consiguiente, las tasas que recauden las empresas de los gobiernos autónomos descentralizados.

Según el artículo 566 del COOTAD, las municipalidades tienen competencia para aplicar las tasas retributivas de servicios públicos que se establecen en este Código. La misma norma determina que el monto de la tasa debe guardar relación con el costo de producción del servicio; define al costo de producción, como 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; y prevé que, los casos en que el monto de las tasas podrá ser inferior al costo, reiterando que: “El monto de las tasas autorizadas por este Código se fijará por ordenanza”.

En los servicios públicos onerosos, el usuario paga por el servicio la respectiva tasa, como contraprestación o retribución por el uso del servicio.

Con respecto a la retribución del servicio público, 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 forma adicional, es pertinente considerar que el artículo 1 del Código Tributario, clasifica a los tributos en impuestos, tasas y contribuciones especiales, por lo que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, las tasas tienen carácter tributario.

El Art. 301 de la Constitución de la República, dispone que sólo por acto normativo de órgano competente se puedan establecer, modificar o extinguir tasas y contribuciones.

Del análisis que precede se desprende que la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, utilizaba indistintamente los términos tasa y tarifa, según consta de los artículos 63 numeral 16; 330 y 391 de la derogada Ley, como si se tratara de sinónimos; sin embargo, conforme se analizó “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”.

El vigente COOTAD dispone en forma reiterada que cualquiera sea el modelo de gestión o el prestador del servicio público, la prestación patrimonial a cargo del usuario, será fijada, modificada o suprimida mediante ordenanza, según los artículos 186 y 566 del COOTAD, sin perjuicio de que su recaudación corresponda a las empresas municipales, de conformidad con el artículo 225 ibídem, que excluye de los ingresos de los gobiernos autónomos descentralizados, las tasas que recauden las empresas de estos gobiernos. El citado artículo 566 del COOTAD, determina el procedimiento para la determinación del monto de la tasa y reitera que su fijación se hará por ordenanza.

En atención a los términos de su consulta se concluye que si bien el Directorio de la Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Portoviejo tuvo competencia para aprobar el plan tarifario de agua potable para la ciudad de Portoviejo, sin la necesidad de Ordenanza Municipal, al amparo del artículo 191 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, a partir de la promulgación del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, la modificación de dicho plan tarifario deberá efectuarse mediante Ordenanza, en los términos que disponen los artículos 186 y 566 del COOTAD. Hasta tanto, se aplicarán las tarifas establecidas por el Directorio de esa Empresa Pública.

OF. PGE. N°: 01387, de 14-04-2011

**BANCO CENTRAL DEL ECUADOR: UTILIDADES A SU FAVOR COMO
ÚNICO ACCIONISTA DEL BANCO DEL PACÍFICO S.A.**

ENTIDAD CONSULTANTE: BANCO CENTRAL DEL ECUADOR

CONSULTA:

“¿El Banco Central del Ecuador, en su condición de único accionista del Banco del Pacífico S.A., puede recibir las utilidades que genere esta institución financiera, observando lo previsto en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 226.

Ley Especial para la Capitalización y Venta del Banco Continental S. A. Arts. 1, 2 y 3.

Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana Art. 135.

Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y la Ley de Compañías Arts. 5, 41 y 143.

Ley de Compañías Arts. 195, 208 y 209.

Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado Arts. 50 , 84 y 94.

PRONUNCIAMIENTO:

Atenta la materia sobre la que trata su consulta, con el fin de contar con mayores elementos de análisis, en forma previa a atenderla, mediante oficio No. 00101 de 25 de enero de 2011, este Organismo solicitó el criterio institucional de la Superintendencia de Bancos y Seguros, habiéndose recibido respuesta mediante oficio No. SBS-SG-2011-219 de 1 de marzo de 2011, ingresado a este Despacho el 9 de marzo del presente año.

En el informe jurídico de la entidad consultante, contenido en oficio No. AL-DEB-027-I de de 18 de enero de 2011, el Asesor Legal del Banco Central del Ecuador manifiesta que: “el artículo 41 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, así como los artículos 195, 208 y 209 de la Ley de Compañías, claramente establecen el derecho del Banco Central del Ecuador, en su condición de único accionista del Banco del Pacífico S.A., a percibir las utilidades que haya generado esta institución financiera, en los términos que determine la Junta General de Accionistas, y una vez que se hayan constituido las reservas de Ley”.

Agrega el informe que la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y la Ley de Compañías, son normas supletorias de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, de conformidad con su artículo 94 y que el artículo 48 de la Ley de Modernización del Estado, prevé que las sociedades constituidas con el

aporte total o parcial de capital o bienes de propiedad de instituciones del Estado, se someterán al régimen legal aplicable a las personas jurídicas de derecho privado.

Finalmente, el informe jurídico manifiesta que: “no es la primera vez que el Banco Central del Ecuador, en su calidad de único accionista del Banco del Pacífico S.A., recibe utilidades generadas por dicha Institución Financiera, pues una parte de las utilidades correspondientes al año 2006, fueron entregadas al Banco Central del Ecuador, lo cual incluso contó con la debida autorización de la Superintendencia de Bancos y Seguros, conforme se desprende del oficio No. IRG-SAIFG1-2008-00437 de 12 de diciembre de 2008, cuya copia acompaño”.

De la copia certificada del oficio IRG-SAIFG1-2008-00437 de 12 de diciembre de 2008, suscrito por el entonces Intendente Regional de Guayaquil de la Superintendencia de Bancos y Seguros, que se ha remitido como anexo a la consulta, se desprende que el Banco Central del Ecuador solicitó autorización para el reparto de utilidades del Banco del Pacífico S.A., correspondientes al ejercicio del año 2006, habiendo concluido en ese entonces la Intendencia Regional de Guayaquil de la Superintendencia de Bancos que: “no encuentra objeción de que el Banco Central del Ecuador reciba como reparto de una parte de las utilidades del año 2006, la entrega del edificio del Banco del Pacífico S.A., ubicado en la ciudad de Machala...”.

Por su parte, la Superintendencia de Bancos y Seguros en el oficio No. SBS-SG-2011-219 de 1 de marzo de 2011, invoca el principio de legalidad establecido por el artículo 226 de la Constitución de la República, así como las prohibiciones a las que está sujeto el Banco Central del Ecuador como institución financiera pública, según el artículo 84 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, y sobre dicha base concluye manifestando que: “el Banco Central del Ecuador no puede recibir las utilidades del Banco del Pacífico S.A., por existir prohibición expresa emanada de su propia ley. Sin embargo, de realizarse una reforma de la letra b) (sic) del artículo 84, dicha institución estaría posibilitada legalmente para hacerlo”.

Para analizar su consulta se considera como antecedente que el artículo 1 de la Ley Especial para la Capitalización y Venta del Banco Continental S.A., autorizó al Banco Central del Ecuador capitalizar el saldo de las obligaciones derivadas del crédito especial otorgado por el Banco Central al Banco Continental S.A., el 5 de

noviembre de 1996, y dispuso que: “Como consecuencia de esta capitalización, el Banco Central del Ecuador deberá recibir las acciones que le correspondan”.

El artículo 3 de la misma Ley, previó que mientras el Banco Central del Ecuador mantenga en su propiedad tales acciones, deberá adoptar las medidas necesarias para asegurar que la administración del Banco Continental S.A. sea independiente, técnica y profesional.

El artículo 2 de la misma Ley Especial para la Capitalización y Venta del Banco Continental S.A., dispuso:

“El Banco Central del Ecuador mantendrá la propiedad de la totalidad de las acciones del Banco Continental S.A., por un plazo de hasta siete años, contados a partir de la fecha de expedición de la presente Ley.

El Banco Central del Ecuador podrá transferir parcial o totalmente, en cualquier tiempo, dentro del plazo determinado en el inciso anterior, la propiedad de tales acciones con sujeción a la Ley...”.

La norma antes transcrita, fue reformada por el artículo 135 de la Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana, que dispuso: “El Banco Central del Ecuador podrá mantener la propiedad de las acciones del Banco Continental que actualmente tiene o las de cualquier otra institución financiera que le sean entregadas en canje o sustitución de dichas acciones del Banco Continental, como consecuencia de una fusión, sin perjuicio de que estas acciones o las que las sustituyan, sean puestas a la venta separada o conjuntamente con la totalidad de acciones de un nuevo banco en el evento de una fusión”.

La citada Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana, introdujo reformas a varios cuerpos normativos, entre ellas la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, y la Ley de Instituciones del Sistema Financiero; y, con respecto de la Ley para la Capitalización del Banco Continental S.A., reformó su artículo 2, en los términos en que fue transcrito en el párrafo anterior, y derogó su artículo 3.

Según se desprende de la comunicación de la Superintendencia de Bancos y Seguros a la que antes se ha hecho referencia, el Banco Continental S.A.

fue absorbido por el Banco del Pacífico S.A., que ha conservado su carácter de institución financiera privada, siendo en consecuencia su único accionista el Banco Central del Ecuador.

De conformidad con el artículo 50 reformado de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, el Banco Central del Ecuador es una persona jurídica de derecho público, de duración indefinida, responsable de su gestión técnica y administrativa, con patrimonio propio; cuya organización, funciones y atribuciones, se rigen por la Constitución, las Leyes, su Estatuto y los reglamentos internos, así como por las regulaciones y resoluciones que dicte su Directorio, en materias correspondientes a política monetaria, financiera, crediticia y cambiaria del país. La misma norma prevé que en su administración interna deberá aplicar las leyes y normas vigentes para el sector público.

La Superintendencia de Bancos y Seguros, en el criterio institucional al que antes se hizo referencia, concluye que el Banco Central del Ecuador no puede recibir utilidades del Banco del Pacífico S.A., por prohibirlo la letra b), del artículo 84 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado; sin embargo, dicha norma lo que prohíbe al Banco Central es: “b) Conceder créditos a las instituciones del Estado y del sistema financiero privado”.

La letra d), del mismo artículo 84 de la citada Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, prohíbe al Banco Central del Ecuador “d) Adquirir o admitir en garantía acciones de compañías de cualquier clase y participar, directa o indirectamente, en empresas o sociedades, a excepción de las acciones o participaciones que adquiriera en instituciones monetarias internacionales”. Sin embargo, dicha prohibición se torna inaplicable respecto del caso específico materia de consulta, pues conforme se revisó en los antecedentes de este pronunciamiento, el Banco Central del Ecuador es titular y por tanto propietario de las acciones del Banco del Pacífico S.A., por mandato expreso del artículo 135 de la Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana, que dispuso que: “El Banco Central del Ecuador podrá mantener la propiedad de las acciones del Banco Continental que actualmente tiene o las de cualquier otra institución financiera que le sean entregadas en canje o sustitución de dichas acciones del Banco Continental, como consecuencia de una fusión...”.

Según antes se expuso, el artículo 2 de la Ley Especial para la Capitalización y Venta del Banco Continental S.A., promulgada en el Suplemento del Registro

Oficial No. 107 de 14 de julio de 1997, dispuso que el Banco Central mantenga la propiedad de la totalidad de las acciones de ese Banco, por un plazo de hasta siete años; sin embargo, el artículo 135 de la Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 144 de 18 de agosto de 2000, reformó dicha norma autorizando al Banco Central del Ecuador, a mantener la propiedad de las acciones del Banco Continental, “o las de cualquier otra institución financiera que le sean entregadas en canje o sustitución de dichas acciones del Banco Continental”, lo que ocurrió al producirse la fusión por absorción de dicha institución financiera, por el Banco del Pacífico S.A., autorizada por Resolución de la Junta Bancaria No. JB-2000-264, de 5 de octubre de 2000.

Por tanto, si bien las normas legales que hasta aquí se han analizado no asignan en forma expresa la propiedad de las acciones del Banco del Pacífico S.A., al Banco Central del Ecuador, aquello se deriva de la aplicación del artículo 135 de la Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana, que autorizó al Banco Central a mantener la propiedad de las acciones de cualquier entidad financiera, que le sean entregadas en canje o sustitución de las acciones del Banco Continental, norma que previó en forma expresa la posibilidad de una fusión.

A lo dicho es pertinente agregar que de conformidad con el inciso segundo del artículo 1 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y su artículo 209, son aplicables a las instituciones financieras públicas, como es el caso del Banco Central del Ecuador, las normas sobre prudencia y solvencia financieras previstas en esa ley, cuyo Título XI, que trata sobre la regularización y liquidación de instituciones del sistema financiero, en el artículo 143 prevé en forma expresa que: “cualesquiera sean los accionistas de la institución financiera, incluyendo entidades del sector público, sin excepción, el Superintendente de Bancos podrá disponer bajo responsabilidad del órgano de control y de la entidad financiera correspondiente hasta que sea superado el incumplimiento”, las medidas establecidas en esa norma, entre ellas: “c) Prohibirá que se distribuyan las utilidades de ejercicios anteriores, que se entreguen dividendos anticipados con cargo a utilidades en el ejercicio en curso”.

De la norma citada, se infiere que en los casos en que las instituciones del sector público sean accionistas de instituciones financieras privadas, en su calidad de accionistas, pueden participar en la distribución de utilidades, salvo que la

Superintendencia de Bancos y Seguros lo prohíba en forma específica como medida para regularizar la situación de la institución financiera.

Es pertinente considerar además que ningún accionista de una institución financiera puede ser excluido de la participación en utilidades, de conformidad con la parte final del artículo 5 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. En concordancia, el artículo 41 de la misma Ley, que ha invocado el consultante, establece los requisitos a observar en forma previa a la distribución de utilidades de las instituciones del sistema financiero que resulten en cualquier ejercicio, después de constituir todas las provisiones y reservas previstas en la Ley.

Así mismo, los artículos 208 y 209 de la Ley de Compañías, también citados por el Banco Central del Ecuador, disponen que la distribución de las utilidades al accionista se hará en proporción al valor pagado de las acciones. Entre los accionistas sólo podrá repartirse el resultante del beneficio líquido y percibido del balance anual y que, acordada por la junta general la distribución de utilidades, los accionistas adquieren frente a la compañía un derecho de crédito para el cobro de los dividendos que les correspondan.

De conformidad con el artículo 3 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, las instituciones financieras privadas se constituyen bajo la forma de una compañía anónima, por lo que las disposiciones de la Ley de Compañías les son aplicables en forma supletoria, al tenor del artículo 221 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Conforme prevé el artículo 94 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, cuerpo normativo al que está sujeto el Banco Central del Ecuador, en materias no previstas en esa ley, se aplicarán como supletorias las leyes de instituciones financieras y las demás leyes pertinentes en cuanto sean compatibles con su naturaleza, finalidades y objetivos.

Del análisis jurídico que precede se desprende que, el Banco Central del Ecuador es titular de las acciones y por tanto propietario del Banco del Pacífico S.A., por mandato del artículo 135 de la Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana, que dispuso que el Banco Central del Ecuador podrá mantener la propiedad de las acciones de cualquier institución financiera, que le sean entregadas en canje o sustitución de las acciones del Banco Continental que el Banco Central a su vez adquirió de conformidad con el artículo 1 de la

Ley Especial para la Capitalización y Venta del Banco Continental S.A., publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 107 de 14 de julio de 1997. Lo dicho hace inaplicable al caso específico, como antes se concluyó, la prohibición establecida en la letra d), del artículo 84 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado que impide al Banco Central del Ecuador adquirir o admitir en garantía, acciones de compañías de cualquier clase y participar, directa o indirectamente, en empresas o sociedades.

En consecuencia, en atención a los términos de su consulta, se concluye que, en su calidad de único accionista del Banco del Pacífico S.A., el Banco Central del Ecuador, puede recibir las utilidades que genere esa institución financiera privada, pues de conformidad con la parte final del artículo 5 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, ningún accionista puede ser excluido de la participación en utilidades.

La conveniencia de la decisión de repartir utilidades o de reinvertirlas en el propio Banco del Pacífico, es de responsabilidad de su único accionista.

OF. PGE. N°: 01242, de 06-04-2011

BOMBEROS: EXONERACIÓN DE MATRICULACIÓN VEHÍCULAR

ENTIDAD CONSULTANTE: CUERPO DE BOMBEROS DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO

CONSULTA:

“Las exoneraciones contempladas en el art. 42 de la Ley de Defensa Contra Incendios, se aplicaría a los costos de matriculación de los vehículos de propiedad del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito?”.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial Art. 103.

Ley General de Defensa Contra Incendios Art. 42.

Código Tributario Arts. 1, 2 y 14.

Código Civil Art. 18 regla 1.

PRONUNCIAMIENTO:

El Art. 42 de la Ley General de Defensa Contra Incendios, enuncia de manera general la exoneración de toda clase de tributos con relación a la importación de

vehículos e implementos de defensa contra incendio, mientras que la consulta planteada está direccionada a que se instruya si los costos de matriculación y seguro obligatorio de Accidentes de Tránsito, SOAT, de los vehículos del Cuerpo de Bomberos de Quito, están comprendidos dentro de la norma indicada. Por lo tanto, el presente análisis se circunscribirá a lo relacionado con los costos por matriculación y por el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, SOAT, que son motivo de su consulta, y no a la naturaleza de los tributos a que alude el artículo 42 de la Ley de Defensa contra Incendios

Con esta aclaración, contesto la consulta formulada en los siguientes términos:

Mediante oficio No. 17798 de 7 de diciembre de 2010, esta Procuraduría le requirió que enviara a este Despacho, copias certificadas del criterio jurídico institucional con respecto al tema planteado, así como de toda la documentación relacionada con la consulta, requerimiento que fue atendido con el oficio No. 608-PJ-CB-DMQ de 15 de diciembre de 2010, en el que se hace mención que la Auditoría Interna del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, CB-DMQ, mediante oficio No. 301-2010-UAI-CB-DMQ de 18 de noviembre de 2010, consultó a la Dirección Jurídica de la entidad, si el texto del Art. 42 de la Ley de Defensa Contra Incendios, relativo a exoneraciones, consideraría los valores por matriculación vehicular anual, revisión vehicular en CORPAIRE, SOAT y similares.

Posteriormente, en razón de que no se remitió toda la información requerida, mediante oficio No. 00262 de 29 de diciembre de 2010, esta Procuraduría le solicitó nuevamente que remita los documentos necesarios para la absolución de la consulta, solicitud que fue atendida por usted mediante oficio No. 007-PJ-CB-DMQ de 8 de enero del 2011.

A fin de contar con suficientes elementos para atender la consulta, esta Procuraduría solicitó al Director Ejecutivo de la Comisión Nacional del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, el criterio jurídico con respecto al tema planteado, solicitud que fue atendida mediante oficio No. 00000106 DE-CNTTTSV-2011 de 20 de enero de 2011, al cual se adjuntó el Informe No. 022-DAJ-2010-CNTTTSV de 19 de enero de 2011, del Director de Asesoría Jurídica de dicho Organismo, el cual, con fundamento en los artículos: 300 y 425 de la Constitución; 32 y 35 del Código Tributario; 30 literal c), 103 y 104 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial; 26, numeral

8, 150 y 52 del Reglamento a la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial; y, 42 de la Ley de Defensa Contra Incendios, concluye que: “Si bien la Ley de Defensa Contra Incendios, señala que se exonera a los cuerpos de bomberos de toda clase de impuestos, incluyendo el Impuesto al Valor Agregado (IVA), tasas y más gravámenes...., la exoneración se refiere a la importación de vehículos e implementos de defensa contra incendios, claramente expresada en la parte final del artículo 42 de la Ley citada;...., dejando en claro que no se encuentran exentas del pago de los valores y derechos de registro en el tránsito como son la matrícula y el SOAT”.

Por último en el informe jurídico citado, se expresa que: “al no encontrarse previsto mediante disposición expresa de la Ley, la exoneración sobre el pago de valores y derechos de tránsito referentes a los automotores del Cuerpo de Bomberos, estos deben ser cancelados antes de emitir las matrículas correspondientes, a fin de que puedan circular por el territorio nacional, pues la exoneración a la que se refiere el CB-DMQ es sobre la importación de vehículos e implementos de defensa contra incendios”.

En el informe jurídico institucional del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, constante en el memorando No. 353-DJ-CBDMQ de 19 de noviembre de 2010, la Directora Jurídica del referido Cuerpo de Bomberos, con fundamento en los artículos: 1, 2 y 14 del Código Tributario, concluye manifestando que la disposición contenida en el Art. 42 de la Ley de Defensa Contra Incendios, exonera a todos los cuerpos de bomberos del país del pago de todo impuesto, incluyendo el impuesto al Valor Agregado (IVA), tasas y más gravámenes a la importación de vehículos e implementos de defensa contra incendios.

Dentro de la documentación que ha sido remitida, consta en copias certificadas, el oficio No. 001-T-CBDMQ-11 de 7 de enero de 2001, por el cual, el Tesorero General del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito CB-DMQ (E), certifica el pago por concepto de matriculación vehicular de los vehículos pertenecientes a dicho Cuerpo de Bomberos durante los años de 2006 al 2010, por un valor de USD. 40.137, 95. En el referido oficio también se expresa que: “En estos valores están incluidos únicamente el pago de tasas a la CTG, impuesto al rodaje y brigadas, se excluye el pago de impuesto fiscal desde el año 2007 al 2010”.

De conformidad con el artículo 301 de la Constitución de la República, sólo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se pueden establecer, modificar, exonerar y extinguir impuestos, y sólo por acto normativo de órgano competente se pueden establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones, que se crearán y regularán de acuerdo con la ley.

Por su parte, el inciso segundo del artículo 1 del Código Tributario, clasifica a los tributos en impuestos, tasas y contribuciones especiales o de mejora; mientras que el artículo 32 del Código *ibidem*, dispone 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.

El artículo 42 de la Ley de Defensa Contra Incendios, dispone la exoneración a los cuerpos de bomberos de toda clase de impuestos, incluyendo el Impuesto al Valor Agregado (IVA), tasas y más gravámenes a la importación de vehículos e implementos de defensa contra incendios.

El artículo citado está referido exclusivamente a la exoneración de impuestos y tasas en la importación de vehículos e implementos de defensa contra incendios, y no a otra clase de exoneraciones de tasas, como es el caso de la tasa que cobra el Consejo Nacional del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial por concepto de matriculación de los vehículos, de conformidad con el artículo 30, literal c) de su Ley Rectora, que dispone que sin perjuicio de lo dispuesto en otras leyes, constituyen recursos y patrimonio de la Comisión Nacional los siguientes:..."c) Las recaudaciones provenientes de la emisión de licencias, permisos, matrículas, títulos de propiedad, placas, especies, regalías y utilidades de empresas de economía mixta que la Comisión Nacional constituya y demás valores relacionados con el tránsito y el transporte terrestre".

Concordante con el artículo citado, el Art. 103 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, establece que la matrícula será emitida por las Comisiones Provinciales de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, previo el pago de las tasas e impuestos correspondientes y el cumplimiento de los requisitos previstos en el Reglamento; y, agrega que 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 numeral 7 del Art. 52 del Reglamento a la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, determina que de acuerdo a la matrícula y al servicio que prestan los automotores, éstos se clasifican en:...

7. Vehículos de emergencia: Policía, Bomberos, Cruz Roja, Defensa Civil, etc.

En el presente caso, de conformidad con el literal a) del Art. 30 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, la emisión de licencias, permisos, matrículas, títulos de propiedad, placas, especies, son servicios que presta la Comisión Nacional del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, por los cuales fija una tasa, cuya recaudación forma parte del patrimonio de la referida Comisión.

La regla 1ª del Art. 18 del Título Preliminar del Código Civil, prescribe que cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.

Por lo tanto, aplicando el principio citado, y en contestación a los términos de su consulta, las exoneraciones tributarias establecidas en el Art. 42 de la Ley de Defensa Contra Incendios, que prevé la exoneración a los cuerpos de bomberos de toda clase de impuestos, incluyendo el Impuesto al Valor Agregado (IVA), tasas y más gravámenes a la importación de vehículos e implementos de defensa contra incendios, no están referidas al pago obligatorio de los valores y derechos de registro en el tránsito como son la matrícula y el SOAT de los vehículos de propiedad del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, sino que están referidas exclusivamente a la exoneración de los impuestos a la importación de vehículos e implementos de defensa contra incendios.

En tal virtud, el Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, deberá pagar el costo de las tasas que se fijen por concepto de matriculación de sus vehículos y por el seguro obligatorio de accidentes de tránsito SOAT.

OF. PGE. N°: 00520, de 18-02-2011

BOMBEROS: TRANSFORMACIÓN DE LA EMPRESA MUNICIPAL CUERPO DE BOMBEROS

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN IBARRA

CONSULTA:

“¿Es legal y pertinente transformar la Empresa Municipal Cuerpo de Bomberos que posee para su operación y funcionamiento su propia Ley de Defensa contra Incendios y sus Reglamentos, para adaptarla a la vigente Ley de Empresas Públicas con el riesgo de desnaturalizar su visión y misión?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 264 y 315.

Ley de Defensa Contra Incendios Arts. 13 y 17.

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

Ley Orgánica de Empresas Públicas Art. 4.

PRONUNCIAMIENTO:

En el memorando No. 2011-117-PSM de 21 de marzo del 2011, anexado a su oficio de consulta, el Procurador Síndico del Municipio de Ibarra manifiesta que los cuerpos de bomberos del país, basan su existencia y operatividad en la Ley de Defensa Contra Incendios, en su Reglamento de aplicación y en el Reglamento Orgánico Operativo de Régimen Interno y Disciplina de los Cuerpos de Bomberos del País.

Agrega el Procurador Síndico, que el Cuerpo de Bomberos “tiene una estructura de trabajo tipo militar; que el personal de los Cuerpos de Bomberos, realiza una actividad de servicio de alto riesgo y responsabilidad individual y colectiva; y, que los Bomberos por su condición de servicio especial, cubren turnos de guardia durante las 24 horas del día y los 365 días del año”.

Concluye el Procurador Síndico manifestando que: “no debe ejecutarse la transformación aprobada mediante Ordenanza por parte del Concejo Municipal y la misma debe mantenerse al margen de toda interferencia, toda vez que se mutilaría la visión y misión del Cuerpo de Bomberos al atentar su independencia en pro de sus fines y objetivos, generando contraposición y superposición de deberes, de derechos, de obligaciones e intereses entre la condición semi-militar de Empresa Municipal Cuerpo de Bomberos y la de una Empresa Pública Cuerpo de Bomberos”.

Según consta de las copias del oficio No. 2972 SGM de 30 de enero del 2009, suscrito por el Secretario General del Concejo Municipal de San Miguel de

Ibarra, la Empresa Municipal Cuerpo de Bomberos de Ibarra para la Prevención, Protección, Socorro, Extinción de Incendios y Emergencias en el Cantón Ibarra “E.M.C.B.I.”, fue constituida mediante Ordenanza aprobada por el Concejo Municipal de ese Cantón, en sesiones ordinarias aprobadas el 20 y 27 de enero del 2009.

En relación con los servicios de defensa contra incendios, la Constitución de la República, en el artículo 264 establece que los gobiernos municipales tendrán las siguientes competencias exclusivas sin perjuicio de otras que determine la ley: “...13. Gestionar los servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendios”.

La Ley de Defensa Contra Incendios, en el artículo 13 establece que los cuerpos de bomberos se integran por bomberos voluntarios, rentados, conscriptos y el personal técnico, administrativo y de servicios.

Según el artículo 17 de la indicada Ley de Defensa Contra Incendios, el grado jerárquico determina la función y el mando del personal de los cuerpos de bomberos de acuerdo a la siguiente clasificación:

- a) Oficiales superiores: Primer Jefe, Segundo Jefe y Jefe de Brigada.
- b) Oficiales subalternos: comandantes de compañía, ayudante primero y ayudantes segundos; y,
- c) Tropa: Aspirante a Oficial, Sargento, Cabo, Bombero raso”.

Respecto de las empresas públicas mencionado en su consulta, debo manifestarle que la Constitución de la República, en el artículo 315 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. Agrega, que funcionará 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”.

La Ley Orgánica de Empresas Públicas, en el artículo 4 prescribe 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”.

De las normas antes citadas, se desprende que corresponde a los cuerpos de bomberos del país prestar los servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendios, las cuales constituyen actividades distintas de las que realizan las empresas públicas sujetas a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, como son la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de actividades económicas con parámetros de calidad y criterios empresariales.

Cabe resaltar que la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, mediante la cual se dispuso que las empresas municipales para seguir operando debían adecuar su organización y funcionamiento a las normas previstas en esa Ley, debe entenderse referida a aquellas empresas que cumplen las finalidades previstas en el artículo 4 antes referido de esa Ley Orgánica.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en el artículo 55 determina que los gobiernos autónomos descentralizados municipales tendrán las siguientes competencias exclusivas sin perjuicio de otras que determine la ley: “...m) 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 de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, en su 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 regula 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”.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta que el artículo 140 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, dispone que la gestión de los servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendios que corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, conforme a los artículos 264 numeral 13 de la Constitución de la República y 55 letra m) del mencionado Código Orgánico, se ejercerá con sujeción a la ley que regula la materia, esto es, a la Ley de Defensa Contra Incendios; y, que los cuerpos de bomberos del país serán considerados como entidades adscritas a dichos gobiernos municipales, en atención a los términos de su consulta, se concluye que la Empresa Municipal Cuerpo de Bomberos de Ibarra, deberá funcionar como entidad adscrita a esa Municipalidad, con autonomía administrativa y financiera, presupuestaria y operativa, observando para el efecto la Ley de Defensa Contra Incendios antes referida.

OF. PGE. N°: 01563, de 28-04-2011

**CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN:
TESORERO DE EMPRESA MUNICIPAL**

ENTIDAD CONSULTANTE: EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE SANEAMIENTO AMBIENTAL DE BABAHOYO-EMSABA EP

CONSULTA:

“¿El cargo de Tesorera de la Empresa Municipal de Saneamiento Ambiental de Babahoyo, es de libre nombramiento y remoción al tener la empresa el carácter de municipal pertenecemos al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Babahoyo, siendo esta función de confianza?”.

BASES LEGALES:

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 277 y 359.

Ley Orgánica de Empresas Públicas Arts. 16, 18 lit. a) y 83 lit. k).

Ley Orgánica de Régimen Municipal Arts. 69 num. 23, 177 y 178 (derogada).

Ordenanza de Constitución, Organización y Funcionamiento de la Empresa Pública Municipal de Saneamiento Ambiental de Babahoyo, EMSABA EP Arts. 4, 23, 24 y 27.

PRONUNCIAMIENTO:

Con oficio No. 00330 de 5 de enero de 2011, esta Procuraduría le requirió el envío en copias certificadas del Orgánico Funcional de la Empresa Municipal de Saneamiento Ambiental de Babahoyo y de la Ordenanza de Creación de dicha Empresa; requerimiento que fue atendido mediante oficio No. 003/2011-E.GG de 7 de enero de 2011, ingresado el mismo día.

Posteriormente, mediante oficio No. 00513 de 17 de enero de 2011, este Despacho le solicitó que enviara en copias certificadas, la “Ordenanza de Constitución, Organización y Funcionamiento de la Empresa Pública Municipal de Saneamiento Ambiental de Babahoyo EMSABA EP”, que había sido aprobada por el Concejo Municipal de Babahoyo, en Sesión Ordinaria del 6 de enero del 2011, pedido que fue atendido mediante oficio No. 010/2011-E.GG de 24 de enero de 2011.

En virtud de la creación de la Empresa Pública de su representación, con oficio No. 00888 de 15 de marzo de 2011 e insistencia constante en oficio 01972 de 25 de mayo de 2011, esta Procuraduría le solicito copias certificadas del Orgánico Funcional de la Empresa Pública Municipal de Saneamiento Ambiental de Babahoyo – EMSABA EP; lo que fue atendido por usted, mediante oficio No. 067/2011- E.GG de 30 de mayo de 2011, ingresado el 1 de junio de 2011.

Una vez que ha sido completada la documentación solicitada por esta Procuraduría, en razón de que la Empresa Municipal de Babahoyo, fue constituida como Empresa Pública mediante Ordenanza aprobada el 6 de enero de 2011, después de plantada la consulta, procedo a atender el requerimiento constante en el oficio No. 403-EGG-2010 de 15 de diciembre de 2010, al amparo del nuevo régimen jurídico aplicable a la actual Empresa Pública Municipal de Saneamiento de Babahoyo, EMSABA EP.

En el oficio de consulta se manifiesta que el artículo 359 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010, dispone que el Procurador Síndico, el Tesorero, los Asesores y Directores de los gobiernos regional, provincial, metropolitano y municipal, son funcionarios de libre nombramiento y remoción; mientras que la Ley Orgánica de Empresas Públicas, publicada en el Suplemento Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010, en el literal a) de su artículo 18, establece que los Servidores Públicos de

Libre Designación y Remoción son aquellos que ejerzan funciones de dirección, representación, asesoría y en general funciones de confianza.

En el informe jurídico institucional, constante en el memorando No. 054-2010-AJ de 14 de diciembre de 2010, la Asesora Jurídica Municipal de la EMSABA, manifiesta que de conformidad con los artículos 359 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y 18 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, la Tesorera de dicha empresa es una funcionaria de libre nombramiento y remoción.

La Ordenanza de Creación de la EMSABA, sancionada el 1 de agosto de 1995, y posteriormente derogada por la “Ordenanza de Constitución, Organización y Funcionamiento de la Empresa Pública Municipal de Saneamiento Ambiental de Babahoyo, EMSABA EP”, disponía en su artículo 4, que dicha empresa tenía la siguiente estructura Orgánica: a) El nivel Directivo, constituido por el Directorio de la Empresa; b) El Nivel Ejecutivo, constituido por la Gerencia General; c) El nivel Asesor, constituido por Asesoría Jurídica y Auditoría Interna; y, d) El nivel Operativo, constituido por las subgerencias de área y demás dependencias.

En el Manual de Clasificación de Puestos de EMSABA, que en copias certificadas ha sido remitido, con respecto a las Especificaciones del puesto de Tesorero, se establece que la naturaleza de dicho puesto es “programar, recaudar, cancelar y custodiar los valores en dinero que se manejan en la Empresa”.

De conformidad con el Art. 23 del Capítulo I, del Título III de la “Ordenanza de Constitución, Organización y Funcionamiento de la Empresa Pública Municipal de Saneamiento Ambiental de Babahoyo–EMSABA EP, la estructura básica de EMSABA EP estará constituida de acuerdo al organigrama aprobado por el Directorio. Dicho Organigrama, conforme referí en líneas anteriores, fue remitido a esta Procuraduría mediante oficio No. 067/2011- E.GG de 30 de mayo de 2011, ingresado el 1 de junio de 2011 el al que se adjuntó el Organigrama fechado en abril de 2002 y que mantiene su vigencia hasta que no se expida un nuevo Organigrama y el Manual de Clasificación de Puestos de la Empresa. Del análisis del mismo, se establece que el cargo de tesorero depende de la Subgerencia Financiera Administrativa, que a su vez depende de la Gerencia General que reporta al Directorio de la Empresa.

Por su parte, la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, establecía en el numeral 23 de su Art. 69, como atribución del Alcalde, el designar y remover con causa justa a los directores, procurador síndico y tesorero municipal; mientras que el Art. 175 *ibidem*, establecía que los directores, jefes departamentales, procurador síndico y tesorero eran funcionarios de libre nombramiento y remoción que concluían sus funciones en la misma fecha del Alcalde; pero que sin embargo, podían ser removidos por éste, cuando así lo amerite, observando el procedimiento de ley.

El artículo 177 de la referida Ley Orgánica, derogada posteriormente por la Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, señalaba que la municipalidad podía constituir empresas públicas para la prestación de servicios públicos, cuando, a juicio del concejo, esta forma convenga más a los intereses municipales y garantice una mayor eficiencia y una mejor prestación de servicios públicos. Por su parte, el Art. 178 de la Ley *ibidem*, igualmente derogado por la Ley Orgánica de Empresas Públicas, disponía que las empresas públicas municipales se constituían de conformidad con las disposiciones de esa ley.

Posteriormente, en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010, fue publicado el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, que en su Derogatoria Primera, letra a), derogó expresamente la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

El artículo 359 del citado Código, dispone que el procurador síndico, el tesorero, los asesores y los directores de los gobiernos regional, provincial, metropolitano y municipal, son funcionarios de libre nombramiento y remoción designados por la máxima autoridad ejecutiva del respectivo nivel de gobierno. Estos funcionarios serán designados previa comprobación o demostración de sus capacidades en las áreas en que vayan a asesorar o a dirigir.

Por su parte, el 277 del mencionado Código, establece:

“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”.

Atenta la remisión a la Ley Orgánica de Empresas Públicas que efectúa el inciso segundo del artículo 227 del COOTAD, antes citado, la letra a) del Art. 18 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, al referirse a la naturaleza jurídica del talento humano en las empresas públicas, determina que los servidores públicos de libre designación y remoción, son aquellos que ejerzan funciones de dirección, representación, asesoría y en general, funciones de confianza; mientras que la letra b) del mismo artículo 18, establece que son servidores públicos de carrera, el personal que ejerce funciones administrativas, profesionales, de jefatura, técnicas en sus distintas especialidades y operativas, que no son de libre designación y remoción que integran los niveles estructurales de cada empresa pública.

La Ley Orgánica de Servicio Público, dispone en el último inciso del Art. 3, que: “En las empresas públicas, sus filiales, subsidiarias o unidades de negocio, se aplicará lo dispuesto en el Título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas”; mientras que la letra k) del Art. 83 de la mencionada Ley, excluye del sistema de la carrera del servicio público al “personal de las empresas sujetas a la Ley Orgánica de Empresas Públicas”.

Por su parte, el Art. 16 del Título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, referido a la Gestión del Talento Humano en dichas empresas, establece que la “administración del Talento Humano de las empresas públicas corresponde al Gerente General o a quien éste delegue expresamente”.

Del análisis jurídico que precede, se desprende que las ex empresas municipales, como es el caso de la Empresa Municipal de Saneamiento Ambiental de Babahoyo, que fueron constituidas al amparo de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, se regían por sus propias disposiciones, de acuerdo con los artículos 177 y 178 de la referida Ley, hasta la publicación de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que de conformidad con su Disposición Transitoria Primera, dispuso que las empresas municipales, pasaran a constituirse en empresas públicas. En el caso consultado, esto aconteció con la expedición de la “Ordenanza de Constitución, Organización y Funcionamiento de la Empresa Pública Municipal de Saneamiento Ambiental de Babahoyo – EMSABA EP”, que fue aprobada por el Concejo Cantonal de Babahoyo, el 6 de enero de 2011.

En la actualidad, las empresas públicas se encuentran excluidas del servicio público, y la organización y administración de su talento humano le corresponde a su Gerente General o a quien éste delegue expresamente, de conformidad con el Art. 16 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

En virtud de las consideraciones señaladas, el análisis y conclusiones de este pronunciamiento es aplicable exclusivamente a la empresa consultante, y por lo tanto se circunscribe al caso particular que se consulta.

El Art. 23 de la Ordenanza de Constitución, Organización y Funcionamiento de la Empresa Pública Municipal de Saneamiento Ambiental de Babahoyo, EMSABA EP, dispone cuáles son las características del Nivel de Gobierno de dicha empresa; mientras que el Art. 24 establece que los niveles administrativos de la EMSABA EP, son: a. Ejecutivo, b. Asesor, c. Apoyo; y, d. Operativo.

El nivel de Apoyo, a su vez, está “representado por la administración de talento humano, servicios administrativos, técnicos, contables, de sistemas y comerciales”.

El Art. 27 de la citada Ordenanza, dispone que: “La estructura básica de EMSABA EP estará constituida de acuerdo al organigrama aprobado por el Directorio”; mientras que su Disposición General Segunda establece que: “Quienes sean designados como la o el Gerente General; y las o los subgerentes de área; las o los gerentes de filiales o subsidiarias; las o los administradores de agencias; y, demás servidoras o servidores que ejerzan funciones de confianza serán de libre nombramiento y remoción y no deberán estar incurso en ninguna de las inhabilidades contempladas en el Art. 14 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas”.

De lo expuesto se desprende que a partir de que la ex Empresa Municipal de Saneamiento Ambiental de Babahoyo, se constituyó como empresa pública, le es aplicable la Ley Orgánica de Empresas Públicas, de conformidad con los artículos 1 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y 277 de Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

El artículo 24 de la Ordenanza de Constitución de la Empresa Pública Municipal de Saneamiento Ambiental de Babahoyo EMSABA EP, establece como niveles administrativos en dicha Empresa lo siguientes:

- “a. Ejecutivo, representado Gerencia General; gerencias de filiales y subsidiarias y direcciones de área. A este nivel le compete formular los programas y planes de acción para ejecutar las políticas y directrices impartidas por el Directorio y coordinar en forma general las actividades, supervisando y controlando el cumplimiento de las mismas.
- b. Asesor, representado por la asesoría jurídica, auditoría interna y planificación. A este nivel le corresponde prestar la asistencia y asesoría en los asuntos relativos a su competencia.
- c. Apoyo, representado por la administración de talento humano, servicios administrativos, técnicos, contables, de sistemas comerciales.
- d. Operativo, representado por los departamentos de unidades operativas, agencias y unidades. A este nivel le compete la ejecución de programas, proyectos y actividades de la Empresa”.

El Manual de Clasificación de Puestos de EMSABA, que fuera remitido a esta Procuraduría mediante oficio No. 067/2011-EGG de 30 de mayo de 2011, en la página 31, se refiere a la naturaleza del trabajo del tesorero en los siguientes términos: “Programar, recaudar, cancelar y custodiar los valores en dinero que se manejan en la Empresa” y como características del cargo, señala en la página 32 que “No tiene subalternos”.

Por su parte, en el Organigrama de la Empresa de Agua Potable y Alcantarillado de la EMSABA, constata en el orgánico funcional de dicha empresa, de abril de 2002, que se encuentra vigente hasta que no se expida un nuevo orgánico funcional de la Empresa Pública de Agua Potable y de Saneamiento de Babahoyo, EMSABA EP, consta la dependencia de Tesorería, como subordinada a la subgerencia financiera administrativa, además de otras dependencias como bodega, contabilidad, sistemas, comercialización y promoción que igualmente pertenecen a la indicada subgerencia y que se ubican en el mismo nivel jerárquico que la tesorería.

Para mayor ilustración, respecto a las clases de funcionarios que ejercen autoridad o poder de decisión, es pertinente citar al tratadista Rafael Bielsa, que con respecto a los funcionarios y empleados públicos, expresa:

“El funcionario representa la voluntad del Estado, ya sea en actos de autoridad, ya en actos de gestión, diferencia que no ha perdido del todo su razón de ser y hasta su importancia.

El funcionario de gestión, aunque no ejerza autoridad sobre los administrados, tiene un mandato, sea para contratar, sea para actuar en juicio. En la administración fiscal esta diferencia entre funcionario y empleado se manifiesta netamente, y entre los funcionarios se diferencian los de autoridad de los de gestión. “El que decide cuestiones, aplica multas, ordena y realiza inspección, “ejerce autoridad”. El que representa en juicio al fisco, es de gestión. El que realiza operaciones internas de cálculo, verificación, redacción es empleado y no funcionario. El orden de superioridad jerárquica y la autoridad que tiene el superior sobre el inferior es puramente interna, por lo que no modifica el carácter de empleado. Es necesaria la actividad externa para definir la diferencia”.

De acuerdo al análisis jurídico que precede, se concluye que para calificar a un puesto como de libre nombramiento o de confianza, hay que considerar las actividades atribuidas al mismo. Si el puesto tiene la atribución de ejercer autoridad sobre personas o tiene el poder de dirección y formulación de políticas, dicho puesto se encuentra dentro del nivel directivo; mientras que si dicho puesto tiene como atribución exclusiva, el ejecutar operaciones internas, es meramente un puesto operativo.

Según consta del Manual de Clasificación de Puestos de EMSABA, compete al Tesorero lo siguiente “Programar, recaudar, cancelar y custodiar valores en dinero que se manejen en la Empresa” y le corresponden entre otras las siguientes tareas: organizar y ejecutar la recaudación diaria de los valores que cobra la Empresa a los clientes, suscribir cheques, custodiar valores, realizar depósitos, elaborar un cuadro diario de recaudación e informes mensuales de egresos, actuar como agente de retención, elaborar planillas para el pago al IESS y del Impuesto a la Renta.

Por tanto, en aplicación del Art. 24 de la Ordenanza de Constitución de la Empresa Pública Municipal de Saneamiento Ambiental de Babahoyo EMSABA EP, que establece que el nivel administrativo de apoyo, está representado por la administración de talento humano, servicios administrativos, técnicos, contables, de sistema y comerciales y de conformidad con el Organigrama de la Empresa de Agua Potable y Alcantarillado de la EMSABA, constate en el orgánico funcional de dicha empresa, de abril de 2002, (que se encuentra vigente hasta que no sea aprobado el nuevo orgánico funcional de la EMSABA EP), que establece que la Tesorería ejecuta labores y operaciones internas de cálculo, verificación y otras

que no comportan actividades de dirección o decisión, según consta del Manual de Clasificación de Puestos de la EMSABA.

Además el tesorero, de conformidad con el Organigrama, está subordinado a la subgerencia financiera administrativa, conjuntamente con la dependencias de bodega, contabilidad, sistemas, comercialización y promoción, lo que permite concluir que el puesto de Tesorero de la Empresa Pública Municipal de Saneamiento Ambiental de Babahoyo–EMSABA EP, no es un cargo de libre nombramiento y remoción, toda vez que realiza actividades operativas y no de decisión ni de autoridad.

OF. PGE. N°: 02605, de 29-06-2011

COMISIÓN DE SERVICIOS SIN REMUNERACIÓN: FUNCIONARIO A PERÍODO FIJO

ENTIDAD CONSULTANTE: AGENCIA NACIONAL DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL TRANSPORTE TERRESTRE, TRÁNSITO Y SEGURIDAD VIAL

CONSULTAS:

1. “Si a un funcionario de la Escala del Nivel Jerárquico Superior, de período fijo se le puede conceder comisión de servicios sin remuneración”.
2. “¿Si la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, es una Ley con mayor jerarquía que la LOSEP; toda vez que el artículo 65 inciso segundo, establece que en el caso de que las comisionadas y comisionados que fueron servidores públicos estarán obligados a solicitar previamente comisiones de servicios sin sueldo por el período que duren sus funciones en la Comisión de Selección?”.
3. “¿Si en el caso específico que nos ocupa el Director Ejecutivo de la Comisión Nacional de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial debe o no conceder la Comisión de Servicios al Director Provincial de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial de Orellana?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 226 y 425.

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 2, 3, 22 lit. a), 29 num. 3, 31 y 83; y, 51 de su Reglamento.

Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Arts. 1 y 65. Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial Art. 29 num. 3 (derogada).

PRONUNCIAMIENTOS:

1. Según se desprende de los antecedentes de la comunicación de 16 de febrero del 2011, la consulta se encontraba referida al ex Director Provincial de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial de la Provincia de Orellana, cargo que constaba en el artículo 29 numeral 3 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial y que dejó de existir con la sustitución de dicha disposición a partir de la reforma a esa Ley Orgánica, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 415 de 29 de marzo del 2011.

El referido artículo 29 sustituido por la mencionada Ley Orgánica Reformativa, establece que son funciones y atribuciones del Director Ejecutivo de la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, entre otros, en el numeral 3, nombrar a los representantes de cada una de las Unidades Administrativas Regionales y Provinciales de Regulación y Control de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, y removerlos según las causales establecidas en la ley y en observancia al debido proceso.

La Constitución de la República, en el artículo 226 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. Agrega, que tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de su fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

Ley Orgánica del Servicio Público, en el artículo 22 letra a), determina que son deberes de las y los servidores públicos, respetar, cumplir y hacer cumplir la Constitución de la República, leyes, reglamentos y más disposiciones expedidas de acuerdo con la ley.

El artículo 31 de la mencionada Ley Orgánica referido a las comisiones de servicio sin remuneración establece: "Las y los servidores públicos de carrera podrán

prestar servicios en otra institución del Estado, mediante comisión de servicios sin remuneración, previa su aceptación por escrito y hasta por seis años, durante su carrera administrativa, previo dictamen favorable de la Unidad de Administración del Talento Humano, siempre que la servidora o servidor hubiere cumplido al menos un año de servicios en la institución.

Concluida la comisión la servidora (o) servidor será reintegrada o reintegrado a su puesto original. Se exceptúan de esta disposición los períodos para el ejercicio de puestos de elección popular”. En su inciso segundo determina que esta clase de comisión de servicios no se concederá “a servidoras o servidores que ocupen puestos del nivel jerárquico superior, período fijo, nombramientos provisionales o que tengan contratos de servicios ocasionales”.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 83 de la citada Ley Orgánica, están excluidos del sistema de carrera del servicio público: “...a) Quienes tienen a su cargo la dirección política y administrativa del Estado: ...a.5 Las y los directores y gerentes, subdirectores y subgerentes en todas sus categorías y niveles”.

El Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Público, en el artículo 51 prescribe que la autoridad nominadora “concederá comisión de servicios sin remuneración a las y los servidores públicos de carrera que sean requeridos a prestar sus servicios en otras instituciones del Estado, de conformidad con lo prescrito en el artículo 31 de la LOSEP, cuando reúna las condiciones del puesto a ocuparse y no afecte al interés institucional”.

Conforme señalé previamente, el cargo de Director Provincial de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, que constaba en el artículo 29 numeral 3 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial se eliminó con la reforma a dicha Ley Orgánica publicada en el Suplemento de Registro Oficial No. 415 de 29 de marzo del 2011. Sin perjuicio de aquello, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley Orgánica del Servicio Público, concordante con el artículo 51 de su Reglamento, se concluye que la comisión de servicios sin remuneración es aplicable únicamente a los servidores públicos de carrera; y por lo tanto, no cabía conferir comisión de servicios sin remuneración al ex Director Provincial de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, puesto que ocupaba un cargo que estaba excluido del sistema de carrera del servicio público, conforme al artículo 83 letra a) de la Ley Orgánica del Servicio Público.

2. La Constitución de la República en el artículo 425, establece que el orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: “La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los derechos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”. Agrega la disposición: “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”.

La Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, en el artículo 1 establece que dicha Ley Orgánica tiene por objeto regular la organización, funcionamiento y atribuciones del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, de acuerdo con la Constitución de la República y la ley.

La Ley Orgánica del Servicio Público, en el artículo 2 relativo a su objetivo, determina que el servicio público y la carrera administrativa tiene como objetivo propender al desarrollo profesional, técnico y personal de las y los servidores públicos, para lograr el permanente mejoramiento, eficiencia, eficacia, calidad, productividad del Estado y de sus instituciones, mediante la conformación, el funcionamiento y desarrollo de un sistema de gestión del talento humano sustentado en la igualdad de derechos, oportunidades y la no discriminación.

En consecuencia, por el principio de competencia, esto es, la diferenciación de la materia que regula la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social y la Ley Orgánica del Servicio Público, no es procedente que pueda alegarse preminencia jerárquica entre dichas leyes orgánicas.

La Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, en el artículo 65 referido a las Comisiones Ciudadanas de Selección que motiva su consulta, en su inciso segundo establece que en el caso de que las comisionadas y comisionados fueren servidores públicos “estarán obligados a solicitar previamente comisión de servicios sin sueldo por el período que duren sus funciones en la Comisión de Selección”.

Según el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, sus disposiciones “son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública” que comprende, entre otras, en el numeral 1:

“Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial y Justicia Indígena, Electoral, Transparencia y Control Social, Procuraduría General del Estado y la Corte Constitucional”.

Tal como indiqué al absolver la primera consulta, el artículo 31 de la Ley Orgánica del Servicio Público establece que los servidores públicos de carrera podrán prestar servicios en otra institución del Estado, mediante comisión de servicios sin remuneración, previa aceptación por escrito y hasta por seis años, durante su carrera administrativa, previo dictamen favorable de la Unidad de Administración del Talento Humano, y siempre que el servidor hubiere cumplido al menos un año de servicios en la institución. Expresé además, que el inciso segundo del referido artículo 31 de la LOSEP determina que esta clase de comisión de servicios no se concederá a los servidores que ocupen puestos del nivel jerárquico superior, período fijo, entre otros; y en su inciso final dispone: “Ninguna entidad pública se rehusará a conceder comisión de servicios para sus servidores”.

Manifesté además, que conforme al artículo 51 del Reglamento a la LOSEP, la autoridad nominadora concederá comisión de servicios sin remuneración únicamente a los servidores públicos de carrera que sean requeridos a prestar sus servicios en otras instituciones del Estado.

En virtud de lo expuesto, se concluye que cuando las comisiones ciudadanas de selección se encuentren integradas por funcionarios públicos de libre nombramiento y remoción, los comisionados pueden solicitar a la entidad a la que pertenezcan, la comisión de servicios sin remuneración durante el período que duren sus funciones en dichas comisiones ciudadanas; petición que no obliga a la entidad a conceder dicha comisión de servicios, en el caso de los servidores que ocupen puestos del nivel jerárquico superior, por estar expresamente prevista la excepción en la LOSEP.

3. Al absolver las consultas anteriores manifesté que el cargo de ex Director Provincial de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial de la Provincia de Orellana que constaba en el artículo 29 numeral 3 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial dejó de existir con la sustitución de dicha disposición a partir de la reforma a esa Ley Orgánica, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 415 de 29 de marzo del 2011.

No obstante lo expuesto, debo manifestarle que como indiqué en las consultas anteriores, el artículo 31 de la Ley Orgánica del Servicio Público, concordante con el artículo 51 de su Reglamento establece que las y los “servidores públicos de carrera” podrán prestar servicios en otra institución del Estado, mediante comisión de servicios sin remuneración, previa aceptación por escrito y hasta por seis años, “durante su carrera administrativa”; con excepción de los servidores que ocupen puestos del nivel jerárquico superior, período fijo, entre otros.

Conforme al artículo 83 de la referida Ley Orgánica del Servicio Público, están excluidos del sistema de carrera del servicio público: “a) Quienes tienen a su cargo la dirección política y administrativa del Estado: ...a.5 Las y los directores y gerentes, subdirectores y subgerentes en todas sus categorías y niveles”.

Téngase en cuenta además, que conforme al artículo 85 de la mencionada Ley Orgánica, los servidores que ocupen los puestos señalados en el literal a) del artículo 83 de esa Ley, son considerados servidores de libre nombramiento y remoción por parte de la autoridad nominadora.

Por tanto, en atención a la normativa que antecede, y al haber absuelto las dos consultas anteriores sobre la procedencia de la comisión de servicios sin remuneración únicamente a favor de los servidores públicos de carrera, es innecesario un pronunciamiento adicional sobre esta tercera consulta.

OF. PGE. N°: 01564, de 28-04-2011

COMODATO: ASOCIACIÓN DE ÁRBITROS DE FÚTBOL

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO PROVINCIAL DE SUCUMBÍOS

CONSULTA:

Sobre la procedencia de que el Gobierno Provincial de Sucumbíos, otorgue en comodato una hectárea de terreno de su propiedad a la Asociación de Árbitros de Fútbol Amateur de Sucumbíos

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 226 y 263

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 55 lit. g), 441 y Derogatoria Primera lits. a), b) y c).

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Art. 104.

Código Civil Arts. 2077, 2080 y 2083.

Reglamento al Art. 17 de la Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público.
Reglamento al artículo 104 del Código de Planificación y Finanzas Públicas Art. 1.
Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público Art. 62, 63 y 101.

A. M. de Educación y Cultura N° 513, R. O. N° 32 de 23-09-1998 Art. 1 lit. d).

A. M. N° 132 de 26-11-1998, Estatutos de la Asociación de Árbitros de Fútbol Amateur de Sucumbíos.

PRONUNCIAMIENTO:

Conforme se desprende del oficio de consulta, la Asociación de Árbitros de Fútbol Amateur de Sucumbíos (ADAFAS) mediante oficio No. 00105 ADAFAS -09 de 11 de noviembre de 2009, solicitó al Consejo Provincial de Sucumbíos la donación de un terreno de una hectárea para construir la sede social y el complejo deportivo en el que la mencionada Asociación desarrollaría las actividades sociales, deportivas y culturales de su gremio, mediante convenio tripartito entre el Consejo Provincial de Sucumbíos, el Municipio de Lago Agrio, y la ADAFAS.

En el criterio jurídico institucional constante en el oficio No. 386 PS GPS 2009 de 25 de agosto de 2010, el Procurador Síndico del Gobierno Provincial de Sucumbíos, manifiesta que de conformidad con el Art. 226 de la Constitución de la República, no está dentro de las competencias exclusivas del Consejo Provincial de Sucumbíos, establecidas en el Art. 263 de la referida Constitución, la de donar o dar en comodato terrenos a gremios particulares de participación deportiva, “siendo más bien, de acuerdo a la Ley Orgánica de Régimen Municipal, una competencia expresa de los Municipios que tiene como atribución velar por los asuntos de carácter deportivo y de recreación”.

Se añade en el referido informe, que de conformidad con el Reglamento al Art. 17 de la Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público, únicamente se permite a las instituciones del Estado realizar donaciones a programas de desarrollo y promoción turística, deportiva, comunitaria y científica, teniendo como requisito que estas competencias hayan sido establecidas mediante disposición legal y siempre que exista la partida presupuestaria correspondiente, como también la existencia de un proyecto que por su naturaleza deba contemplar objetivos, metas y resultados que persigue. Por lo tanto, se concluye en el mencionado informe jurídico que “no es posible atender el pedido realizado por la Asociación de Árbitros de Fútbol Amateur de Sucumbíos por cuanto no es

competencia exclusiva ni adicional de la Corporación Provincial de Sucumbíos, como tampoco existe un proyecto que permita dar desarrollo a la comunidad deportiva en general”.

La letra d) del Art. 1 del Acuerdo del Ministerio de Educación y Cultura No. 513, publicado en el Registro Oficial No. 32 de 23 de septiembre de 1998, otorga al Secretario Nacional de Deporte la facultad de suscribir los Acuerdos Ministeriales de aprobación de los Estatutos de los diferentes organismos y entidades deportivas del país.

En aplicación a la mencionada reglamentación, mediante Acuerdo Ministerial No. 132 de 26 de noviembre de 1998, el Ministro de Educación y Cultura aprobó los Estatutos de la “Asociación de Árbitros de Fútbol Amateur del Sucumbíos”, concediéndole la correspondiente personalidad jurídica.

Con respecto a la figura del comodato en los gobiernos autónomos descentralizados, el Art. 441 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010, determina que 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.

Por su parte, el Código Civil en los artículos 2077 y siguientes, 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; mientras que el Art. 2080 *ibidem*, dispone que el comodatario no puede emplear la cosa sino “en el uso convenido”; o, a falta de convención, en el uso ordinario de las de su clase; y, en el Art. 2083 dispone que el comodatario está obligado a restituir la cosa prestada, en el tiempo convenido; o, a falta de convención, “después del uso para que ha sido presentada”.

De las normas transcritas se observa que el contrato de comodato se perfecciona con la entrega a título gratuito de una especie mueble o inmueble para que se use de ella, con la condición de restituir la misma especie después de su uso.

El Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, publicado en el Registro Oficial No. 378 de 17 de octubre de 2006, aplicable supletoriamente a las entidades que conforman el régimen autónomo descentralizado, de conformidad con su Art. 101, dispone en el Art. 62 que cuando dos personas jurídicas distintas pertenecientes al sector público, quisieren que una de ellas entregue a la otra especies, bienes muebles o inmuebles, podrán celebrar un contrato de comodato o préstamo de uso, sujetándose a las normas especiales propias de esta clase de contrato.

El Art. 63 del Reglamento citado, establece que también se podrá celebrar contrato de comodato entre entidades y organismos del sector público y personas jurídicas del sector privado que por delegación o concesión realizada de acuerdo con la Ley, presten servicios públicos, siempre que dicho contrato se relacione con una mejor prestación de un servicio público, favorezca el interés social, se establezcan las correspondientes garantías y esté debidamente autorizado por la máxima autoridad de la entidad u organismo, de acuerdo con la ley y este reglamento.

Con respecto a la figura de la donación, cabe señalar que el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, en su Derogatoria Primera, letras a) b) y c), en su orden, derogó expresamente la Ley Orgánica de Régimen Municipal; la Ley Orgánica de Régimen Provincial y sus posteriores reformas; y, la Ley Orgánica de Juntas Parroquiales Rurales. Por lo tanto ha quedado expresamente derogada la disposición de la letra g) del Art. 165 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, que facultaba a los gobiernos municipales el donar terrenos de su propiedad para fines educativos, culturales y deportivos.

Como se observa del citado artículo, si bien, a partir de la publicación del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, los gobiernos autónomos descentralizados municipales han perdido la facultad de donar terrenos de su propiedad para fines deportivos, la letra g) del Art. 55 del referido Código, ha dispuesto como facultad exclusiva de los mencionados gobiernos, el planificar, construir y mantener la infraestructura física y los equipamientos de salud y educación, así como los espacios públicos destinados al desarrollo social, cultural y deportivo, de manera directa de acuerdo con la ley. Cabe señalar además, que en el Segundo Suplemento del Registro Oficial

No. 306 de 22 de octubre de 2010, fue publicado el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que derogó expresamente la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control y la Ley de Presupuestos del Sector Público, cuyo artículo 104 prohíbe a las entidades y organismos del sector público el 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.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 544, publicado en el Registro Oficial No. 329 de 26 de noviembre de 2010, se expidió el Reglamento al artículo 104 del Código de Planificación y Finanzas Públicas, cuyo artículo 1 establece en el inciso primero que proceden transferencias de recursos al sector privado, exclusivamente para proyectos de inversión; y, en su inciso segundo dispone que: “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 análisis jurídico que precede, se desprende que la figura jurídica de la donación de los bienes de propiedad de los gobiernos autónomos descentralizados provinciales no está contemplada en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

De conformidad con el Art. 63 del Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, de aplicación supletoria para los gobiernos autónomos descentralizados, las instituciones públicas pueden celebrar contratos de comodato de bienes del Estado con instituciones privadas, siempre y cuando dichas instituciones privadas presten servicios públicos, y dicho contrato se relacione con una mejor prestación del mencionado servicio y favorezca el interés social.

El Art. 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, prohíbe a las entidades y organismos del sector público realizar donaciones 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, y en el caso de los gobiernos seccionales

autónomos, dichas donaciones serán reguladas mediante resolución en la cual se establecerán los criterios y orientaciones generales que deberán observar dichas entidades para la realización de las indicadas transferencias, conforme lo establece el Reglamento al artículo en mención, exclusivamente para proyectos de inversión.

Por lo tanto, en contestación a los términos de su consulta, en razón de que la Asociación de Árbitros de Fútbol Amateur de Sucumbíos es un organismo gremial que no presta un servicio público de interés social, no es procedente que el Gobierno Provincial de Sucumbíos otorgue en comodato o done una hectárea de terreno de su propiedad a la referida asociación para la construcción de su sede social.

OF. PGE. N°: 00109, de 25-01-2011

COMODATO: PROCEDIMIENTO PARA LA SUSCRIPCIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: REGISTRO CIVIL, IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CONSULTAS:

1. “¿La Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, puede suscribir contratos de Comodato, a cincuenta (50) años o más, no precarios, con los gobiernos seccionales para la entrega de terrenos destinados a construir las edificaciones de sus nuevas agencias?”.
2. “Si la respuesta a la consulta No. 1 es afirmativa: ¿Cuál sería el procedimiento pertinente para la suscripción de estos contratos de Comodato?”.
3. “Si la respuesta a la consulta No. 1 es negativa: ¿Cuál sería la figura jurídica más adecuada para que la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, obtenga los terrenos necesarios en los diferentes cantones del territorio ecuatoriano, para la construcción de sus nuevas agencias en cumplimiento del Plan de Modernización del Registro Civil del Ecuador?”.

BASES LEGALES:

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 441, 460 y 461.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado Art. 54.

Código Civil Arts. 461, 2077, 2080 y 2097.

Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público Art. 62.

Normativa del Sistema de Administración Financiera del Sector Público, en el numeral 3.2.6.2.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en el artículo 441 establece que 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 artículo 460 del mencionado Código Orgánico dispone que todo contrato que tenga por objeto la venta, permuta, “comodato”, hipoteca o arrendamiento de bienes raíces de los gobiernos autónomos descentralizados se hará por escritura pública. Agrega que, en los contratos de comodato, el comodatario no podrá emplear el bien sino en el uso convenido, que no podrá ser otro que cumplir con una función social y ambiental; y, una vez “Concluido el comodato”, el comodatario tendrá la obligación de restituir el bien entregado en las mismas condiciones en que lo recibió, teniendo en consideración que las mejoras introducidas en el bien prestado y que no pudieren ser separadas sin detrimento de éste, quedarán en beneficio del comodante sin que éste se encuentre obligado a compensarlas. En su inciso final determina que la comisión de fiscalización del respectivo gobierno autónomo descentralizado controlará el uso autorizado de los bienes dados en comodato; y que: “Si en el plazo de tres años no se hubiere dado el uso correspondiente se procederá a su inmediata reversión”.

El artículo 461 del indicado Código, establece que para proceder a la suscripción de cualquiera de los contratos a los que se refiere el artículo anterior, “deberá darse garantía de cumplimiento, a satisfacción de la entidad contratante”.

El Código Civil, en el artículo 2077 expresa 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. Agrega, que este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa.

El artículo 2080 *ibídem*, señala que el comodatario no puede emplear la cosa sino en el uso convenido; o, a falta de convención, en el uso ordinario de las de su clase.

El artículo 2083 del citado Código dispone que el comodatario está obligado a restituir la cosa prestada, en el tiempo convenido; o, a falta de convención, después del uso para que ha sido prestada.

El artículo 2097 del Código Civil, expresa que el comodato toma el título de precario si el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada, en cualquier tiempo. En su artículo 2098 señala que se entiende precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular, ni se fija tiempo para su restitución.

Respecto al comodato precario, el doctor Juan Larrea Holguín, en su obra “Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador”, edición 2003, Volumen 4 “Los Contratos” (págs. 503-504) manifiesta que la condición precaria del comodato consiste en “que el comodatario no tiene un plazo durante el cual puede tener el uso legal de la cosa de suerte que se resistiría con razón a devolverla antes de ese tiempo”.

Respecto a la terminación del comodato, el mencionado autor expresa que dicho contrato se extingue, entre otros casos, “si no se ha fijado ni plazo ni determinado uso (comodato precario), cuando lo determine el comodante, que en cualquier momento tiene derecho de pedir la devolución”.

El artículo 62 del Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, aplicable supletoriamente conforme a su artículo 101 a las entidades que conforman el régimen autónomo descentralizado, en cuanto no se oponga a las leyes de Régimen Municipal y Provincial (actual Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización), dispone que cuando dos personas jurídicas distintas pertenecientes al sector público, quisieren que una de ellas entregue a la otra, especies, bienes muebles o inmuebles, podrán celebrar un contrato de comodato o préstamo de uso, sujetándose a las normas especiales propias de esta clase de contrato.

En relación con el tiempo de vida útil de 50 años para los bienes inmuebles mencionado por el Director de Asesoría Jurídica de la Dirección General de Registro

Civil, Identificación y Cedulación en el memorando No. 0103/DAJ/2010 de 3 de febrero de 2011, antes referido, cabe señalar que el Manual de Administración de Activos Fijos en el Sector Público, en el Capítulo IX, “Depreciación y Corrección Monetaria de los Activos Fijos”, en referencia al método de cálculo de la depreciación señala lo siguiente: “Para las entidades y organismos del sector público, exceptuando las empresas y entidades financieras, la depreciación se calculará a base del método de línea recta, teniendo en cuenta una vida útil estimada de, diez años para los bienes muebles y cincuenta años para los inmuebles, sin considerar valor residual. Si el nivel de desgaste y obsolescencia de los bienes es intensivo, la vida útil podrá fijarse en los siguientes rangos, para los bienes que se indica a continuación: - Bienes inmuebles (construcción mixta) de 30 a 50 años”.

Además, la Normativa del Sistema de Administración Financiera del Sector Público, en el numeral 3.2.6.2 relacionado con la depreciación de bienes, establece que los bienes de larga duración destinados a actividades administrativas, productivas o que se incorporen a proyectos o programas de inversión, se depreciarán empleando la tabla de vida útil que ahí se especifica. En dicha tabla, se determina que las edificaciones de hormigón armado y ladrillo tendrán una vida útil estimada de 50 - 40 años; y, las edificaciones de ladrillo (o bloque) 40 – 35 años.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta que el artículo 441 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, contempla la figura del comodato de los bienes de los gobiernos autónomos descentralizados, para lo cual deben observar “en lo que fuere aplicable”, las reglas relativas al comodato establecidas en el Libro IV del Código Civil, se concluye que en atención al tiempo de vida útil previsto en las normas de la Contraloría General del Estado y del Ministerio de Finanzas que he citado en los dos párrafos precedentes, la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, puede suscribir contratos de comodato no precario a 50 años o más con los gobiernos autónomos seccionales para la entrega de terrenos que se destinen a la construcción de edificaciones de sus agencias, si se tiene en cuenta además que, conforme al artículo 461 del mencionado Código Orgánico, para la suscripción de dichos contratos, la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación debe dar garantía de cumplimiento del bien recibido a satisfacción de los gobiernos autónomos descentralizados contratantes.

Los contratos deberán prever expresamente el plazo de duración, la imposibilidad de que el comodante pida la restitución del inmueble antes del vencimiento de dicho plazo y el uso al que estará destinado.

Se deberá tener en cuenta, que conforme al artículo 460 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización antes referido, durante el tiempo que se encuentren en ejecución los contratos de comodato que motivan su consulta, los bienes podrán ser revertidos cuando el bien inmueble entregado en comodato no hubiere sido empleado en el uso convenido; o, si en el plazo de tres años no se hubiere dado el uso correspondiente. En consecuencia, la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación tomará en cuenta este plazo para la programación de las obras de construcción de sus agencias.

Respecto a la responsabilidad en el proceso de contratación de los comodatos que motiva su consulta, se deberá tener presente el artículo 54 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, el cual determina que las autoridades, dignatarios, funcionarios y servidores que tengan a su cargo la dirección de los estudios y procesos previos a la celebración de los contratos públicos, tales como de “comodato y permuta, serán responsables por su legal y correcta celebración”; y, aquellos a quienes correspondan las funciones de supervisión, control, calificación o dirección de la ejecución de los contratos, serán responsables de tomar todas las medidas necesarias para que sean ejecutadas con estricto cumplimiento de las estipulaciones contractuales, los programas, costos y plazos previstos; y, que la Contraloría General del Estado establecerá las responsabilidades a que hubiere lugar en esta materia”.

En este sentido, las autoridades y funcionarios de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación responsables del procesos de contratación, deberán incorporar en los contratos una cláusula que estipule que los bienes inmuebles que reciben en comodato se encuentran libres de todo gravamen, acciones posesorias, reivindicatorias o de prescripción adquisitiva de dominio o cualquier otra carga que impida su utilización; y además, que no podrán ser susceptibles de venta o gravamen alguno que limite el uso de los bienes que han sido comodatados, sino cuando concluyan dichos comodatos.

Sin perjuicio de lo anterior, la entidad consultante, para adoptar la decisión de invertir en un inmueble entregado en comodato, tomará en cuenta los riesgos frente a terceros, que no se encuentren protegidos por el contrato.

La conveniencia y decisión de invertir en un inmueble recibido en comodato es de responsabilidad de la entidad consultante.

2. Tal como se indicó al absolver la primera consulta, el artículo 441 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, contempla la figura del comodato de bienes de los gobiernos autónomos descentralizados, para lo cual deben observar 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.

Además, se analizó los artículos 460 y 461 del mencionado Código Orgánico, los cuales contemplan la forma en que los gobiernos autónomos descentralizados deben realizar los contratos de comodato, así como la garantía de cumplimiento que debe entregar el comodatario a favor de la Entidad Contratante.

En consideración a lo expuesto, el procedimiento para suscribir los contratos de comodato que motiva su consulta, es el previsto en los artículos 441, 460 y 461 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

3. Toda vez que en las consultas anteriores manifesté que la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación puede suscribir contratos de comodato con los gobiernos autónomos descentralizados, conforme a lo dispuesto en los artículos 441, 460 y 461 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, resulta innecesario atender la tercera consulta planteada en su oficio.

OF. PGE. N°: 00645, de 25-02-2011

COMPAÑÍAS PETROLERAS: CUOTA REDIMIBLE A LA CORPEI

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE INDUSTRIAS Y PRODUCTIVIDAD

CONSULTA:

“La obligación que tienen y han tenido las compañías petroleras privadas de cumplir con la obligación de entregar la cuota redimible a la CORPEI y a la circunstancia de si las reformas introducidas en la Ley Orgánica para la Recuperación del Uso de los Recursos Petroleros del Estado y Racionalización Administrativa de los

Procesos de Endeudamiento, publicada en el Registro Oficial No. 308 de 3 de abril del 2008, sólo son aplicables para los recursos públicos de origen petrolero”.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica de Creación del Fondo Ecuatoriano de Inversión en los Sectores Estratégicos e Hidrocarbúrferos.

Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal Título III. Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Arts. 76, 91 y 99.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado Art. 3

Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones Arts. 18, 95.

Ley para la Transformación Económica del Ecuador Art. 44, Dispos. Gen. Primera y Trans. Séptima y Octava.

Ley de Comercio Exterior e Inversiones Arts. 21 y 22 (derogada).

Texto Unificado de Legislación del Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad Arts. 188, 189, 190, 191 y 192.

PRONUNCIAMIENTO:

Se indica en el oficio que la consulta planteada se realiza en virtud de que el Ministerio de Industrias y Productividad cuenta con un delegado permanente en el Directorio de la Corporación de Promoción de Exportaciones e Inversiones, CORPEI, y en función del pedido motivado presentado por el Presidente Ejecutivo y representante legal de esa Corporación sobre el caso en cuestión.

De manera previa a atender la consulta formulada, mediante oficio No. 17689 de 30 de noviembre de 2010, esta Procuraduría solicitó el criterio jurídico del Ministro de Recursos Naturales No Renovables; requerimiento que fue atendido en oficio No. 178 DM/COGEJ-DAJE-2010 de 16 de diciembre de 2010, al que adjunta el memorando No. 1372-COGEJ-DAJE-2010 de 15 de diciembre del 2010, que contiene el criterio institucional de esa Cartera de Estado.

Por otra parte, mediante oficios Nos. 17690 y 00171 de 30 de noviembre y 23 de diciembre de 2010, esta Procuraduría solicitó al Ministro de Finanzas, el criterio jurídico respecto a la consulta planteada; lo cual fue respondido por el Coordinador General Jurídico de ese Ministerio en oficio No. MF-CGJ-2010-1890 de 28 de diciembre de 2010.

En el memorando No. MIPRO-CGJ-2010-0547-M de 12 de noviembre de 2010, anexo al oficio de consulta, la Coordinadora Jurídica del Ministerio de Industrias y Productividad manifiesta lo siguiente:

“...las cuotas redimibles no pueden calificar como impuestos o tasas por razones técnicas, fundamentalmente no lo son por su carácter reembolsable. En efecto, CORPEI tiene la obligación jurídica de restituir a las empresas exportadores e importadores (sic) los valores representados en los certificados de aportación... La Ley Orgánica para la Recuperación del Uso de los Recursos Petroleros del Estado y Racionalización Administrativa de los Procesos de Endeudamiento, publicada en el Registro Oficial No. 308 de 3 de abril de 2008, estableció como política de Estado el que todos los recursos públicos de origen petrolero afectados en virtud de: la Ley Orgánica de Creación del Fondo Ecuatoriano de Inversión en los Sectores Estratégicos e Hidrocarburíferos – FEISEH, el título III de la Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal – LORETIF, el Artículo 44 de la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, deberán ingresar al Presupuesto del Gobierno Central.

Como su nombre lo indica y su articulado lo ratifica, norma y regula que los recursos públicos de origen petrolero ingresen al Presupuesto General del Estado. El alcance de dicha ley se refiere específicamente a los que tengan la calidad de recursos públicos de origen petrolero, y no alcanza, a las empresas que pertenecen al sector privado.

En base a tal ley, y con sustento en las Disposiciones General Primera y las Transitorias Séptima y Octava, entre otras, la Ministra de Finanzas (E) dispuso eliminar las asignaciones a favor de la CORPEI...En efecto, mediante Oficio No. MF-SP-CACP-GG-2008-2621 de 12 de junio de 2008 se señala que los certificados de aportación CORPEI ya no son requisito para los trámites de exportación de crudo que realicen las empresas. Como consecuencia de ello, la CAE ya no exige físicamente la papeleta de depósito de la cuota CORPEI como documento de acompañamiento a la declaración Aduanera.

En virtud de este Oficio, las empresas petroleras del sector público dejaron de entregar sus aportes de cuota redimible”.

Concluye la Coordinadora Jurídica de la Cartera de Estado a su cargo con el siguiente criterio:

“...es evidente que dicha disposición emitida por la Ministra de Finanzas (E), amparada en la Ley Orgánica para la Recuperación del Uso de los Recursos Petroleros del Estado y Racionalización Administrativa de los Procesos de

Endeudamiento, no es aplicable por parte de las compañías petroleras privadas, ya que la misma, en ningún momento ha eximido a las exportaciones de petróleo privado del pago de las cuotas redimibles, sino únicamente ha suprimido la exigibilidad del cupón como requisito para los trámites de exportación, mecanismo que fue implantado para simplificar el pago vía recepción de la papeleta de depósito.

Es por esto, que esta Coordinación se pronuncia en el sentido de que las empresas privadas que exportan petróleo y sus derivados deben cumplir con la obligación de entregar la cuota redimible a CORPEI con fundamento en el artículo 22 de la Ley de Comercio Exterior e Inversiones (LEXI)”.

Adicionalmente, en el oficio No. MF-SP-CACP-GG-2008-1894 de 24 de abril de 2008, la Ministra de Finanzas (E) en ese entonces, se dirige al Gerente General del Banco Central del Ecuador manifestando que la Ley Orgánica para la Recuperación del Uso de los Recursos Petroleros del Estado y Racionalización Administrativa de los Procesos de Endeudamiento establece como política de Estado que todos los recursos públicos de origen petrolero “deberán ingresar al presupuesto del Gobierno Central en calidad de ingresos de Capital y serán distribuidos de acuerdo con dicho presupuesto única y exclusivamente para fines de inversión y no podrán utilizarse para asignaciones de gasto corriente”.

En dicho oficio se instruye al Banco Central del Ecuador para que, entre otras disposiciones, “Se eliminen las preasignaciones a favor de la CORPEI del 0.50 por mil del valor FOB de las exportaciones de crudo y derivados; así como, el 0.25 por mil del valor FOB de la importación de derivados”.

Posteriormente, en oficio No. MF-SP-CACP-2008-2621 de 12 de junio de 2008, el Ministro de Finanzas se dirige al Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana (CAE), expresándole que en relación con los requisitos para el perfeccionamiento de los trámites aduaneros de los embarques de crudo, en lo relacionado con los certificados de la CORPEI, estos “ya no son un requisito para los trámites de las exportaciones de crudo que realicen las empresas”.

En el memorando No. 1372 COGEJ-DAJE-2010 de 15 de diciembre de 2010, el Coordinador General Jurídico del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, manifiesta que todos los exportadores de bienes y servicios están compelidos a cumplir todos los pagos de la cuota redimible, “así las compañías

petroleras privadas que han realizado exportaciones están sujetas a éste pago a favor de la Corporación de Promoción de Exportaciones e Inversiones –CORPEI”.

En el oficio No. MF-CGJ-2010-1890 de 28 de diciembre de 2010, el Coordinador General Jurídico del Ministerio de Finanzas manifiesta que con la expedición de la Ley Orgánica para la Recuperación del Uso de los Recursos Petroleros del Estado y Racionalización Administrativa de los Procesos de Endeudamiento, las preasignaciones referentes a todos los ingresos petroleros se eliminaron, para lo cual las entidades públicas que se vieron afectadas recibirían una compensación en el año 2008, de por lo menos igual al valor a lo recibido en el ejercicio anterior, a excepción de lo dispuesto por la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico.

Expresa además, en el oficio No. MF-CGJ-2010-1890 de 28 de diciembre de 2010, con relación a los diferentes tipos de contratos petroleros, lo siguiente:

“1.- Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, en esta clase de contratos, el Estado es el dueño del petróleo y la empresa privada es una prestadora de servicios.

De los ingresos brutos que generan dichas exportaciones se deducían los siguientes rubros: el 0.50 por mil del valor FOB para la CORPEI...En esta modalidad la empresa privada no paga el 0.50 por mil del valor FOB de las exportaciones, lo hace PETROECUADOR en representación del Estado.

2.- En los contratos de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos, el Estado y las empresas privadas participan en la producción del crudo.

De la participación del Estado en la producción de crudo cuando se efectuaba la exportación, la CORPEI se beneficiaba del 0.50 por mil del valor FOB....

3.- Contratos de Servicios Específicos para obras, trabajos o servicios específicos, con aporte de tecnología, capitales y equipo o maquinarias...

Del valor FOB de las exportaciones de crudo la CORPEI recibía los 0.50 por mil, pagado por el Estado y no por la empresa privada (contratista).

4.- Contratos de Campos Marginales para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos.

En estos contratos Petroecuador delega a la contratista la facultad de exploración y explotación adicional en los campos en producción marginal, el Estado es dueño de la producción del crudo de la curva base y del porcentaje de participación de la parte de la producción incremental; por lo tanto, es el Estado quien entregaba a la CORPEI el 0.50 por mil del valor FOB de las exportaciones de crudo y no la empresa privada”.

Según dice el Coordinador General Jurídico del Ministerio de Finanzas, en el oficio No. MF-CGJ-2010-1890 de 28 de diciembre de 2010, citado en líneas anteriores, en los cuatro tipos de contratación petrolera, el porcentaje del 0.50 por mil del valor FOB de las exportaciones petroleras, a favor de la CORPEI, eran canceladas por el Estado ecuatoriano, ya que aún en el caso de contratos de participación petrolera, a la empresa privada no se le descontaba el valor a favor de la CORPEI porque no se había previsto como deducción en los correspondientes contratos, conforme el memorando en mención.

De la documentación remitida a esta Procuraduría, no hay constancia de que el Banco Central del Ecuador haya hecho o no retenciones correspondientes a la cuota a favor de la CORPEI y hayan sido trasladadas al Presupuesto General del Estado, por lo que este análisis se limitará a la procedencia legal de la entrega de la cuota redimible.

Respecto a las exportaciones de derivados, el referido Coordinador Jurídico manifiesta que PETROECUADOR es la única empresa estatal que realiza exportaciones de derivados, “por lo que en las liquidaciones de exportación de derivados se deducía la preasignación para la CORPEI del 0.50 por mil del valor FOB”.

Es importante señalar también que con respecto a los distintos tipos de contratos petroleros, anteriormente citados, el Coordinador General Jurídico del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, en el memorando No. 1372 COGEJ-DAJE-2010, que contiene el criterio de dicha Cartera de Estado, manifiesta que “...conforme la Disposición Transitoria Primera de la Reforma a la Ley de Hidrocarburos...los contratos de participación y de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos que se encontraban suscritos se han

modificado para adoptar el modelo reformado de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos contemplado en el artículo 16 de la Ley de Hidrocarburos y los contratos suscritos bajo otras modalidades contractuales incluidos los contratos de campos marginales y los contratos de prestación de servicios específicos suscritos entre Petroecuador y/o su filial Petroproducción (actual EP PETROECUADOR) se encuentran en proceso de renegociación para ser modificados para adoptar el modelo reformado de prestación de servicios; por ende, las compañías que suscriban el modelo reformado de contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos cobrarán una tarifa que se encontrará determinada dentro del contrato, en consecuencia todo el petróleo extraído de los campos y bloques petroleros es de propiedad del Estado...”.

La Ley de Comercio Exterior e Inversiones, LEXI, derogada por el vigente Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, en el artículo 18 creó como parte constitutiva del Sistema Ecuatoriano de Promoción Externa, a la Corporación de Promoción de Exportaciones e Inversiones, CORPEI, como persona jurídica de derecho privado sin fines de lucro, con patrimonio y fondos propios, cuyo funcionamiento se sujetaba a lo dispuesto en el Título XXIX del Código Civil y por su estatuto aprobado por el Presidente de la República.

El artículo 21 de la Ley de Comercio Exterior, disponía que sin perjuicio de las atribuciones que le asigne su estatuto, correspondía a dicha Corporación, principalmente ejecutar la promoción no financiera de las exportaciones en el País y en el exterior; y, para el cumplimiento de sus fines, en el artículo 22 de la misma Ley se establecían los recursos que le correspondían a la CORPEI y, en su letra e) determinaba lo siguiente:

“e) Las cuotas redimibles del 1.5 por mil (uno punto cinco por mil) sobre el valor FOB de las exportaciones del sector privado; excepto aquellas de US \$ 3.333,00 (tres mil trescientos treinta y tres dólares de los Estados Unidos de América) o menores, las cuales deberán aportar US \$ 5,00 (cinco dólares de los Estados Unidos de América); del 0.50 por mil (cero punto cincuenta por mil) del valor FOB de las exportaciones de petróleo y sus derivados, y del 0.25 por mil (cero punto veinticinco por mil) sobre el valor FOB de toda importación, excepto aquellas menores a US \$ 20.000,00 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América), las cuales deberán aportar US \$ 5,00 (cinco dólares de los Estados Unidos de América). Estas cuotas redimibles serán entregadas por los exportadores de

bienes y servicios al momento de la venta de las divisas y por los importadores de mercaderías y servicios a la presentación del documento único de importación en los bancos y entidades financieras del país en que se instrumenten las referidas transacciones, quienes acreditarán diariamente los valores correspondientes en las cuentas, que para tal efecto abrirá en dichas instituciones financieras la Corporación de Promoción de Exportaciones e Inversiones, CORPEI.

Los exportadores no productores, en ningún caso, podrán descontar o trasladar el valor de sus aportes a la CORPEI, a los fabricantes o productores de los bienes que exporte.

En lo relativo a las exportaciones de petróleo y sus derivados, el Banco Central del Ecuador incluirá en la distribución que efectúa de los ingresos provenientes de tales exportaciones, las cuotas redimibles destinadas a la Corporación de Promoción de Exportaciones e Inversiones y acreditará de inmediato los valores respectivos en la cuenta bancaria que determine la CORPEI.

Los aportantes recibirán un cupón por el valor de su cuota redimible, los que una vez acumulados hasta llegar al equivalente en sucres de US \$500, oo (quinientos dólares americanos), serán canjeados por la Corporación de Promoción de Exportaciones e Inversiones por certificados de aportación CORPEI, que serán emitidos por la Corporación en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica y redimidos a partir de los diez años....”.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 3497, se expidió el Texto Unificado de Legislación del Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad (actualmente MIPRO), que contiene también el Reglamento Sustitutivo de la Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones, que en el Título XIII “PROCEDIMIENTOS PARA LA RECAUDACION DE LAS CUOTAS REDIMIBLES A FAVOR DE LA CORPORACION DE PROMOCION DE EXPORTACIONES E INVERSIONES CORPEI” DE LOS EXPORTADORES PRIVADOS DE PETROLEO”, en sus artículos 188 a 192, establece el procedimiento de recaudación de cuotas, a favor de la CORPEI, en los siguientes términos:

“Art. 188.- Los exportadores privados de petróleo deberán pagar la cuota redimible del 0.50 por mil del valor FOB de las exportaciones, en el plazo de cuarenta y

cinco días calendario, contados a partir del último día de cada mes en que hayan realizado exportaciones.

Art. 190.- El formulario “Cupón de Cuota Redimible - Sector Petrolero Privado” será proporcionado por la CORPEI a través del banco privado que designe y contendrá los espacios para que la siguiente información sea llenada: ciudad, fecha de pago, nombre de la empresa, número de RUC, fecha de embarque, número de barriles exportados, valor FOB de exportación, valor de la cuota CORPEI. Para el caso de las empresas que tengan contratos de campos marginales, la información con respecto al número de barriles y valor FOB deberá corresponder a lo que se hace referencia en el punto 5.

Art. 191.- Una vez realizado el pago, los exportadores de petróleo que acumulen \$ 500 dólares en cupones de cuota redimible sector petrolero privado, podrán canjear dichos cupones por un certificado que será redimido a los 10 años. Para dicho efecto presentarán en cualquiera de las oficinas de la CORPEI la copia del cupón o cupones con la leyenda APORTANTE sellada por el banco, las copias de las facturas correspondientes, y de los conocimientos de embarque.

Art. 192.- En el caso de las empresas petroleras privadas que tengan contratos de campos marginales, el pago de la contribución será hecho por las exportaciones de petróleo crudo que corresponda a su participación en el excedente sobre la curva base de producción”.

De la normativa anteriormente citada se establece que el artículo 21 de la Ley de Comercio Exterior, había previsto el descuento a las empresas privadas por las exportaciones de petróleo, del 0.50 por mil sobre el valor FOB de tales exportaciones por concepto de cuotas redimibles a favor de la CORPEI y que el procedimiento para aquello estaba señalado en los artículos 189 a 192 del Decreto Ejecutivo No. 3497. No obstante lo indicado, el Coordinador Jurídico del Ministerio de Finanzas en el oficio No. MF-CGJ-2010-1890 de 28 de diciembre de 2010, expresa que en la práctica los pagos de las citadas cuotas redimibles fueron siempre asumidos por el Estado ecuatoriano, ya sea porque le correspondía como exportador del crudo o porque no se previó contractualmente tal descuento.

Cabe puntualizar que de la documentación remitida a esta Procuraduría no existe constancia si se aplicó o no el Reglamento Sustitutivo de la Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 3497, que

contiene el Texto Unificado de Legislación del Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad (actualmente MIPRO), en cuanto al procedimiento de recaudación de las cuotas redimibles materia de la consulta.

La Ley Orgánica para la Recuperación del Uso de los Recursos Petroleros del Estado y Racionalización Administrativa de los Procesos de Endeudamiento mencionada en su consulta, fue derogada por el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

El mencionado Código Orgánico en el artículo 76 establece que se entienden por recursos públicos los definidos en el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Esta última disposición, señala que para efectos de esa ley se entenderán por recursos públicos, todos los bienes fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos “que pertenecen al Estado y a sus instituciones”, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales o internacionales. Añade, que 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 jurídicas de derecho privado de conformidad con la ley.

El artículo 91 del referido Código Orgánico, determina que los recursos provenientes de actividades empresariales públicas nacionales ingresarán al Presupuesto General del Estado una vez descontados los costos inherentes a cada actividad y las inversiones y reinversiones necesarias para el cumplimiento de la finalidad de cada empresa.

Según el artículo 99 del citado Código Orgánico, los recursos que por cualquier concepto obtengan, recauden o reciban las entidades y organismos que conforman el Presupuesto General del Estado son recursos públicos, por lo que su uso no podrá ser determinado directamente por aquellas entidades u organismos, a excepción de los recursos fiscales generados por las instituciones, los mismos que tendrán una reglamentación específica.

El vigente Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, en el artículo 95 dispone: “Promoción no financiera de exportaciones.- Créase el Instituto de Promoción de Exportaciones e Inversiones Extranjeras, adscrito al Ministerio rector de la política de comercio exterior, que se estructurará y funcionará según lo que se establezca en el Reglamento”.

La Disposición Transitoria Sexta del indicado Código Orgánico determina que a partir de la publicación de este Código en el Registro Oficial, la planificación y ejecución oficial de la promoción de las exportaciones e inversiones no financieras, tanto en el país como en el exterior, que ha estado a cargo de la CORPEI, de conformidad a lo establecido en el Título IV, Capítulo I, de la Ley de Comercio Exterior e Inversiones LEXI, publicada en el Registro Oficial del 9 de junio de 1997, serán asumidas por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, en coordinación con los demás organismos e instituciones del Estado rectores de la materia, hasta que el Presidente de la República, en ejercicio de la atribución prevista en el numeral 5 del artículo 147 de la Constitución de la República, estructure y regule el funcionamiento del Instituto de Promoción de Exportaciones e Inversiones Extranjeras. Agrega la Disposición Transitoria, que conforme lo establece el Título XXX del Código Civil, la CORPEI subsistirá como persona jurídica de derecho privado sin fines de lucro, coadyuvando al desarrollo del país por medio de la ejecución de la promoción privada de las exportaciones e inversiones en el país y en el extranjero; para lo cual, en un plazo máximo de noventa días contados a partir de la publicación del referido Código Orgánico en el Registro Oficial reformará sus estatutos en lo referente a las funciones, actividades, miembros, órganos de administración, directorio, recursos y patrimonio, y “se eliminarán competencias, funciones y asignaciones, que por estas disposiciones se asignarán al organismo público especializado en promoción de exportaciones e inversiones extranjeras, que corresponda”.

Respecto de las cuotas redimibles a favor de la CORPEI, el numeral 1 de la Disposición Transitoria Séptima del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, dispone: “Sin perjuicio de lo dispuesto en la Disposición Transitoria precedente, las cuotas redimibles creadas por Ley 24, publicada en el Registro Oficial No. 165 de 2 de octubre de 1997, continuarán siendo recaudadas hasta el 31 de diciembre del 2010 por la CORPEI, a partir de lo cual cesa la obligación de aportar dicha cuota redimible”.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, se concluye que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 21 de la Ley de Comercio Exterior y la Disposición Transitoria Séptima del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, hasta el 31 de diciembre del 2010, las compañías exportadoras petroleras privadas estaban obligadas a entregar a la CORPEI las cuotas redimibles del 0,50 por mil (cero punto cincuenta por mil) del valor FOB de los ingresos provenientes de las exportaciones de petróleo y sus derivados.

Por su parte, toda vez que el vigente Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, en su Disposición Transitoria Sexta ha determinado que la planificación y ejecución oficial de la promoción de las exportaciones e inversiones no financieras a cargo de la CORPEI tanto en el país como en el exterior, sean asumidas por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, en coordinación con los demás organismos e instituciones del Estado rectores de la materia, hasta que el Presidente de la República estructure y regule el funcionamiento del Instituto de Promoción de Exportaciones e Inversiones Extranjeras; y, que la Disposición Transitoria Séptima del mismo Código ha determinado que las cuotas redimibles motivo de la consulta “continuarán siendo recaudadas hasta el 31 de diciembre del 2010 por la CORPEI, a partir de lo cual cesa la obligación de aportar dicha cuota redimible”, no procede que los exportadores realicen pagos por concepto de aporte de la cuota redimible a favor de la CORPEI con posterioridad al 31 de diciembre de 2010.

Conforme se ha señalado previamente, este pronunciamiento se limita al análisis de la procedencia legal del aporte de la cuota redimible por parte de las compañías exportadoras petroleras privadas, sin que constituya orden de liquidación o pago, por no corresponder al ámbito de mi competencia.

OF. PGE. N°: 00571, de 22-02-2011

CONCEJALES: DIETAS, VIÁTICOS Y HORARIO DE TRABAJO

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN TAISHA

CONSULTAS:

1. ¿Debe el Gobierno Municipal del cantón Taisha pagar remuneración a los señores Concejales, a partir de la publicación de la Ley Orgánica del Servicio Público?”.

3. “¿Los Concejales del Gobierno Municipal del cantón Taisha deben percibir remuneración por la asistencia a sesiones extraordinarias?”.

2. “Al momento de cumplir comisión de servicios institucionales los señores Concejales del Gobierno Municipal del cantón Taisha ¿Deben percibir dietas o remuneración?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 229.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 58 y 358.

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 3 num. 2 y 4, 4, 22, 25, 83 lit. c), 96, 97, 98, 99, 114, 123, 166, 328 y Disp. Gen. Décima Octava; y, 247, 257, 258 y 260 de su Reglamento.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Art. 108.

PRONUNCIAMIENTOS:

1 y 3. El informe jurídico de la Procuradora Síndica Municipal, contenido en oficio No. 98-DJ-GMCT-2010 de 8 de noviembre de 2010, que ha sido remitido en atención a nuestro pedido, invoca entre otras normas, las disposiciones de los artículos 3, 4 y 96 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que determinan el ámbito de aplicación de esa Ley en el que se incluye a las entidades que integran el régimen seccional autónomo descentralizado; define como servidor público a toda persona que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público; y, establece la remuneración mensual unificada. Sobre dicha base, el informe jurídico concluye lo siguiente, respecto de la primera y tercera consulta, en su orden:

“1.- Debe pagar remuneración a los señores Concejales, a partir de la fecha que entra en vigencia el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), puesto que este código establece claramente en el art. 358 el piso y techo de dicha remuneración, lo cual no se encuentra establecido en la Ley Orgánica del Servicio Público, misma que solamente le da la calidad de Servidores Públicos de elección popular”.

“3.-...si bien los señores concejales no cumplen un horario establecido, pero deben asistir a todos los actos programados o que se desarrollen dentro del marco de las competencias del Gobierno Municipal, como de sus atribuciones

según lo establecido en el art. 58 (sic) del COOTAD. Por lo que considero que no es procedente el pago de dietas por la asistencia a sesiones extraordinarias a los señores concejales”.

Si bien su consulta está referida al régimen jurídico aplicable a los concejales municipales, abarca distintas materias, que atiendo en los siguientes términos:

1.- Remuneraciones

De conformidad con el artículo 229 de la Constitución de la República, son servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Idéntica disposición consta en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP) y en la Disposición General Décima Octava de la misma Ley, cuyo artículo 83 letra c), excluye de la carrera del servicio público a los dignatarios elegidos por votación popular, como es el caso de los concejales municipales.

Por su parte, el Art. 358 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), sobre cuya aplicación trata su consulta, dispone:

“Art. 358.- Remuneración y Dietas.- Los miembros de los órganos legislativos de los gobiernos regionales, metropolitanos, municipales y parroquiales rurales son autoridades de elección popular que se regirán por la ley y sus propias normativas, percibirán la remuneración mensual que se fije en acto normativo o resolución, según corresponda al nivel de gobierno. 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”.

El artículo 166 *ibidem*, prevé que: “Toda norma que expida un gobierno autónomo descentralizado que genere una obligación financiada con recursos públicos establecerá la fuente de financiamiento correspondiente” y el artículo 254 del mismo Código Orgánico, prohíbe efectuar cualquier egreso de recursos públicos, sino es con cargo al presupuesto del ejercicio vigente.

En concordancia, el artículo 257 del Código Orgánico en análisis, establece que no podrán efectuarse traspasos de créditos del presupuesto de los organismos de

los gobiernos autónomos descentralizados: “2. Para creación de nuevos cargos o aumentos de las asignaciones para sueldos constantes en el presupuesto, salvo en los casos previstos para atender inversiones originadas en nuevas competencias, adquisición de maquinarias para la ejecución de la obra pública u otras similares”.

El artículo 328 *ibidem*, prohíbe a los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados: “...g) Aprobar ordenanzas, acuerdos o resoluciones que no hayan cumplido los procedimientos establecidos en el presente Código”.

El artículo 108 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, prescribe que todo flujo de recurso público deberá estar contemplado obligatoriamente en el Presupuesto General del Estado o en los Presupuestos de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, Empresas Públicas, Banca Pública y Seguridad Social y la Disposición General Segunda del mismo Código determina que toda ley, decreto, acuerdo, resolución o cualquier otro instrumento legal o administrativo que comprometa recursos públicos, se aplicará únicamente si cuenta con la fuente de financiamiento respectiva.

Por su parte, el Ministerio de Relaciones Laborales, en el oficio No. MRL-AJ-2011 0004303 de 15 de marzo de 2011, suscrito por el Viceministro del Servicio Público, manifiesta que si bien las normas del COOTAD reconocen autonomía a los Municipios, en cuanto a la administración del talento humano deben registrarse también por el marco general de la Ley Orgánica del Servicio Público.

El Viceministro del Servicio Público cita la letra d), del artículo 51 de la Ley Orgánica del Servicio Público que asigna al Ministerio de Relaciones Laborales competencia para: “d) Realizar estudios técnicos relacionados a las remuneraciones e ingresos complementarios del sector público. Al efecto establecerá los consejos consultivos que fueren necesarios con las diversas instituciones del sector público para la fijación de las escalas remunerativas”. Y, sobre dicha base concluye que en el caso de los Municipios “se deberá conformar el Consejo Consultivo con la Asociación de Municipalidades del Ecuador para que el Ministerio fije los techos y pisos de las remuneraciones del ejecutivo de cada Municipio, y sobre la base de ello derivar y determinar techos y pisos para los Concejales; hasta tanto deberán reconocerse las dietas en la forma prevista en las disposiciones legales vigentes al 6 de octubre del 2010...”.

La Ley Orgánica del Servicio Público constituye el marco general regulatorio de las remuneraciones en sector público, pues el numeral 2, del artículo 3 de esa Ley, incluye en su ámbito de aplicación a las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y el artículo 354 del propio COOTAD, dispone que los servidores públicos de cada gobierno autónomo descentralizado, se regirán por el marco general que establezca la ley que regule el servicio público.

El primer párrafo posterior al numeral 4 del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, dispone: “Todos los Organismos previstos en el artículo 225 de la Constitución y este artículo se sujetarán obligatoriamente a los establecido por el Ministerio de Relaciones Laborales en lo atinente a remuneraciones e ingresos complementarios”.

Sin embargo, es pertinente considerar que con respecto a los gobiernos autónomos descentralizados, el segundo inciso del artículo 354 del COOTAD, les asigna competencia para regular la administración del talento humano en función de “sus propias y particulares realidades locales y financieras”.

En materia específica de remuneraciones el segundo párrafo posterior al numeral 4, del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, prevé que las escalas remunerativas de las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado, “se sujetarán a su real capacidad económica y no excederán los techos y pisos para cada puesto o grupo ocupacional establecidos por el Ministerio de Relaciones laborales, en ningún caso el piso será inferior a un salario básico unificado del trabajador privado en general”.

El artículo 247 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, con respecto a las remuneraciones de los gobiernos autónomos descentralizados, sus entidades y regímenes especiales, dispone: “Las remuneraciones de las y los servidores de los gobiernos autónomos descentralizados, sus entidades y regímenes especiales, se contemplarán como un porcentaje de la remuneración mensual unificada de la máxima autoridad del gobierno autónomo descentralizado, sus entidades y regímenes especiales, correspondiente, las que no podrán exceder los techos ni ser inferiores a los pisos de las determinadas por el Ministerio de Relaciones Laborales, para cada grupo ocupacional. Una vez emitidos los pisos y techos remunerativos por parte del Ministerio de Relaciones Laborales, los gobiernos autónomos descentralizados a través de ordenanza establecerán las remuneraciones que correspondan”.

Por su parte, el techo para la remuneración mensual de los miembros de los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados ya ha sido establecido en forma expresa por el artículo 358 del mismo COOTAD.

Lo anteriormente mencionado permite concluir que, de conformidad con el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, corresponde al Ministerio de Relaciones Laborales fijar las escalas remunerativas del sector público; al tenor de las letras a) y d) del artículo 51 de la misma Ley, es igualmente competencia de dicho Ministerio: “a) Ejercer la rectoría en materia de remuneraciones del sector público...”; y, “d)... establecer los concejos consultivos que fueren necesarios con las diversas instituciones del sector público para la fijación de las escalas remunerativas”, el Órgano Legislativo de esa Municipalidad podrá expedir la Ordenanza que determine la remuneración de los concejales municipales, en la forma que prescribe el artículo 358 del COOTAD, una vez que en el Ministerio de Relaciones Laborales hubiere determinado a su vez los techos y pisos de las remuneraciones del ejecutivo y los concejales de cada Municipio.

De otra parte, no procede continuar reconociendo dietas a los concejales municipales, en la forma prevista en las disposiciones legales vigentes al 6 de octubre del 2010, que son las contenidas en la derogada Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones de los Servidores Públicos (LOSCCA), pues dichas normas dejaron de regir a partir de la promulgación de la Ley Orgánica del Servicio Público y porque el COOTAD, que derogó a Ley Orgánica de Régimen Municipal, no ha incluido entre sus disposiciones transitorias ninguna que permita pagar dietas a los concejales, extendiendo el régimen jurídico anterior.

Hasta que el Ministerio de Relaciones Laborales haya determinado los techos y pisos de las remuneraciones del ejecutivo y de los concejales que correspondan a cada Municipio; y, en consecuencia el Concejo Municipal expida la ordenanza que fije la remuneración de los ediles, en aplicación del principio constitucional previsto en el numeral 17 del artículo 66 de la Constitución de la República que determina que nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, corresponde al Ministerio de Relaciones Laborales, como ente rector en materia de remuneraciones, determinar el mecanismo o fórmula de pago a los concejales por el ejercicio de sus funciones.

Una vez que se apruebe la respectiva Ordenanza, el pago de remuneraciones a los concejales se deberá efectuar mediante rol, pues la remuneración establecida por el artículo 358 del COOTAD, reemplaza a las dietas, lo que hace improcedente la emisión de la factura requerida anteriormente para el pago de dietas.

2.- Horario de Trabajo.-

La letra b) del artículo 23 de la Ley Orgánica del Servicio Público, establece como derecho del servidor, percibir una remuneración proporcional a la función; dicho derecho está relacionado a su vez con el deber del servidor de cumplir personalmente con las obligaciones de su puesto, que establece la letra b), del artículo 22 *ibídem*.

De conformidad con el artículo 25 de la Ley Orgánica del Servicio Público, las jornadas de trabajo para las entidades, instituciones, organismos y personas jurídicas señaladas en el artículo 3 de esa Ley, entre las cuales se encuentran los gobiernos autónomos descentralizados según el numeral 2 de dicha norma, podrán tener las modalidades de jornada ordinaria y jornada especial y que la jornada ordinaria: “Es aquella que se cumple por ocho horas diarias efectivas y continuas, de lunes a viernes y durante los cinco días de cada semana, con cuarenta horas semanales”. Idéntica disposición consta en el artículo 24 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público.

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

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

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

De conformidad con el artículo 58 del Código ibídem, a los concejales les corresponde: “a) Intervenir con voz y voto en las sesiones y deliberaciones del concejo municipal; b) Presentar proyectos de ordenanzas cantonales, en el ámbito de competencia del gobierno autónomo descentralizado municipal; c) Intervenir en el consejo cantonal de planificación y en las comisiones, delegaciones y representaciones que designe el concejo municipal; y, d) Fiscalizar las acciones del ejecutivo cantonal de acuerdo con este Código y la ley”.

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

La letra d) del artículo 57 del COOTAD, confiere al Concejo Municipal competencia para regular temas institucionales específicos.

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

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

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

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

Atenta la relación que existe entre el derecho a percibir remuneración proporcional a la función, según la letra b) del artículo 23 de la Ley Orgánica del Servicio Público y el deber de cumplir personalmente con las obligaciones de su puesto, que establece la letra b), del artículo 22 *ibidem*, se concluye que los concejales están obligados a asistir a las sesiones y deliberaciones del concejo municipal, intervenir en el concejo cantonal de planificación y en las comisiones, delegaciones y representaciones a las que hayan sido designados, al tenor del artículo 58 del COOTAD, sin que ello signifique que deban cumplir las ocho horas diarias que establece como jornada ordinaria el artículo 25 de la LOSEP y el artículo 24 de su Reglamento General.

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

Sin embargo, el horario de trabajo de los Concejales que establezca el Concejo Municipal, deberá guardar proporcionalidad con la remuneración que se les fije,

dentro de los pisos y techos remunerativos determinados por el Ministerio de Relaciones Laborales, observando los límites del artículo 358 del COOTAD.

3.- Demás beneficios: afiliación al IESS, décimos y fondos de reserva.

En atención a una consulta sobre idéntica materia, formulada por el Alcalde del Gobierno Municipal del Cantón San Francisco de Milagro, este Organismo solicitó el criterio jurídico institucional del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, mediante oficio No. 00213 de 31 de enero de 2011, habiéndose recibido respuesta por parte del Director General del IESS, mediante oficio No. 64000000-0515 TR 41285 de 11 de febrero de 2011, ingresado el mismo día.

El Director General del IESS, en el oficio al que se ha hecho referencia, invoca entre otras normas, el artículo 358 del COOTAD y el artículo 2 de la Ley de Seguridad Social que dispone que: “Son sujetos obligados a solicitar la protección del Seguro General Obligatorio, en calidad de afiliados, todas las personas que perciben ingresos por la ejecución de una obra o la prestación de un servicio físico o intelectual, con relación laboral o sin ella”.

En el mismo oficio se manifiesta que: “La Constitución y la Ley Orgánica del Servicio Público ubican a los cargos de elección popular, como servidores públicos, mismos que al ejercer una dignidad son sujetos de derechos y deberes y prohibiciones....Al percibir ingresos, los concejales/as municipales son sujetos de afiliación al IESS....En consecuencia, y respondiendo a la consulta del ingeniero Francisco Asan Wonsang, Alcalde del Cantón San Francisco de Milagro, los Concejales y Concejales tienen derecho a que se les reconozca los beneficios de ley entre los que se destacan la afiliación al Seguro Social y al pago del Fondo de Reserva”.

En cuanto se refiere a la aplicación de los demás beneficios legales, respecto de los concejales municipales, entre ellos la seguridad social, el Ministerio de Relaciones Laborales, manifiesta su criterio en el sentido de que: “el momento en que se establezca las remuneraciones para los miembros de elección popular ya mencionados, tendrán derecho, una vez cumplidos los presupuestos jurídicos pertinentes, a los beneficios de la seguridad social”.

Los artículos 34 y 370 de la Constitución de la República, establecen el derecho irrenunciable a la seguridad social de todas las personas, y el deber y

responsabilidad del Estado a través del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, de efectuar la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados. Por su parte, la letra c) del artículo 23 de la Ley Orgánica del Servicio Público, incluye entre los derechos de los servidores públicos: “c) Gozar de prestaciones legales y de jubilación de conformidad con la Ley”, lo que guarda armonía con el artículo 2 de la Ley de Seguridad Social, que dispone que todas las personas que perciben ingresos por la prestación de un servicio, son sujetos obligados a solicitar la protección del Seguro General Obligatorio, en calidad de afiliados.

De conformidad con los artículos 97 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 257 de su Reglamento General, los servidores públicos, tienen derecho a percibir hasta el veinte de diciembre de cada año la décima tercera remuneración, misma que estará compuesta por la doceava parte de la sumatoria de todas las remuneraciones mensuales unificadas percibidas durante el año calendario.

Con respecto al décimo cuarto sueldo, de conformidad con los artículos 98 de la LOSEP y 258 de su Reglamento General, los servidores públicos percibirán “una remuneración o salario básico unificado del trabajador privado en general, misma que será determinada, cada año, por el Ministerio de Relaciones Laborales”.

Finalmente, en cuanto al pago de los fondos de reserva deberá tomarse en cuenta que el artículo 99 de la Ley Orgánica del Servicio Público, dispone que el fondo de reserva se debe pagar a partir del segundo año del ejercicio de funciones.

Este Organismo ya se ha pronunciado sobre este tema en el sentido de que, para el pago de los décimo tercero y cuarto sueldos, así como del aporte al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de los concejales, “deberá considerarse en el presupuesto municipal a partir del año 2011; no así el pago de los fondos de reserva que deberá aplicarse en el presupuesto del año 2012, toda vez que conforme a lo dispuesto en el Art. 99 de la vigente Ley Orgánica del Servicio Público debe pagarse a partir del segundo año de ejercicio de dichas funciones en esa Corporación Municipal”.

En consecuencia, con respecto a su primera consulta, se concluye que como servidores públicos, los concejales tienen derecho a percibir además de su remuneración, los décimo tercero y cuarto sueldos, así como la afiliación al

Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. En cuanto al pago de los fondos de reserva se deberá tomar en cuenta que de conformidad con el artículo 99 de la Ley Orgánica del Servicio Público, su pago procede a partir del segundo año del ejercicio de funciones.

En ningún caso los Concejales, en su calidad de dignatarios de elección popular, tienen derecho al pago de horas suplementarias o extraordinarias previstas en el artículo 114 de la Ley Orgánica del Servicio Público, atenta la prohibición expresa que al efecto establece la Disposición General Segunda de esa Ley, que establece que los dignatarios, autoridades y funcionarios que conforman el nivel jerárquico superior, no percibirán el pago de horas suplementarias y extraordinarias.

2. El informe de la Procuradora Síndica Municipal, al que se hizo referencia en la primera parte de este pronunciamiento, concluye manifestando que: “Respecto a la participación de los señores concejales en comisiones institucionales, siempre y cuando sean éstas en cumplimiento de sus atribuciones o por delegación de Alcaldía, tienen derecho a percibir viáticos, subsistencias por su participación...”.

Por su parte el inciso segundo del artículo 358 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, con relación a los miembros de los órganos legislativos de los gobiernos regionales, metropolitanos, municipales y parroquiales rurales, dispone lo siguiente:

“Cuando estos dignatarios fueren delegados para integrar en calidad de vocales, representantes o miembros, de cuerpos colegiados de fuera del seno del órgano legislativo al que pertenecen, tendrán derecho a percibir dietas por cada sesión a la que asistieren; en ningún caso, la suma total mensual de estas dietas podrá exceder del cincuenta por ciento de su remuneración mensual. La máxima autoridad de dichos cuerpos colegiados, dispondrá, previa a la presentación de la factura respectiva, el pago de estas dietas.”

De la norma citada, se establece que los concejales tienen derecho a percibir dietas cuando deban integrar en calidad de vocales, representantes o miembros de cuerpos colegiados de fuera del seno del órgano legislativo al que pertenecen, sin que el total que perciban mensualmente por este concepto pueda superar el cincuenta por ciento de la remuneración mensual a la que tengan derecho. Para efectos de percibir tales dietas deberán presentar la respectiva factura.

En este pronunciamiento se ha analizado que a partir de la promulgación del COOTAD, ha variado el régimen legal aplicable a la retribución de los concejales, pues las dietas que percibían por su participación en el Concejo Cantonal, han sido sustituidas por la remuneración mensual unificada que establece el inciso primero del artículo 358 del citado COOTAD. Por ello es pertinente aclarar que en el caso de que los concejales deban cumplir actividades relacionadas con sus funciones oficiales en lugares distintos de aquel en que ejercen su dignidad, no procede el pago de dietas, sino de viáticos o subsistencias.

El inciso cuarto del mismo artículo 358 del COOTAD prevé lo siguiente:

“Los alcaldes o alcaldesas o sus delegados, no percibirán dietas, viáticos o subsistencias por su participación en las sesiones del consejo provincial, por parte de éste organismo. El gobierno municipal respectivo pagará viáticos por las sesiones en los que el ejecutivo o su delegado les represente en el consejo provincial. En caso que le corresponda representar a este nivel de gobierno en su condición de consejero provincial recibirá los viáticos o subsistencias del gobierno provincial”.

De la disposición legal anteriormente citada, con relación a los concejales, establece que cuando estos dignatarios actúen en el Consejo Provincial de Morona Santiago con sede en el cantón Morona como delegados del alcalde, en representación del Municipio de Taisha, el gobierno municipal debe pagar viáticos por las sesiones en que participan como delegados del Municipio en el cuerpo colegiado provincial de Morona Santiago con sede en el Cantón Morona. En caso que les corresponda a los concejales representar a este nivel de gobierno (consejo provincial) en su condición de consejero provincial recibirá los viáticos o subsistencias del gobierno provincial y no del Municipio de Taisha.

El artículo 96 de la Ley Orgánica del Servicio Público, establece que la remuneración mensual unificada resulta de dividir para doce la suma de todos los ingresos anuales que las dignatarias, dignatarios, autoridad, funcionaria, funcionario, servidora y servidor a que tenga derecho y que se encuentren presupuestados. La misma norma prescribe que: “En esta remuneración mensual unificada no se sumarán aquellos ingresos que correspondan a los siguientes conceptos: c) Viáticos, subsistencias...”.

El artículo 123 de la misma Ley Orgánica del Servicio Público, dispone que: “La reglamentación para el reconocimiento y pago de viáticos, movilizaciones y subsistencias será expedida mediante Acuerdo del Ministerio de Relaciones Laborales de conformidad con la Ley”.

El artículo 260 del Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Público, define al viático como el estipendio monetario o valor diario que por necesidades de servicios institucionales, reciben las y los servidores públicos destinado a sufragar los gastos de alojamiento y alimentación que se ocasionen durante el cumplimiento de servicios institucionales cuando por la naturaleza del trabajo, deban pernoctar fuera de su domicilio habitual de trabajo. En caso de que la institución corra directamente con algunos de estos gastos se descontará de los respectivos viáticos conforme la reglamentación que expida mediante Acuerdo del Ministerio de Relaciones Laborales.

Este Organismo ya se ha pronunciado en el sentido de que: “hasta que el Ministerio de Relaciones Laborales expida la reglamentación para el reconocimiento y pago de viáticos, movilizaciones y subsistencias, conforme al citado artículo 123 de la Ley Orgánica del Servicio Público, continúa siendo aplicable el “Reglamento para el Pago de Viáticos, Movilizaciones, Subsistencias y Alimentación para el cumplimiento de Licencia de Servicios Institucionales”, publicado en el Registro Oficial No. 575 de 22 de abril del 2009; y, el “Reglamento para el Pago de Viáticos en el Exterior para Dignatarios, Autoridades, Funcionarios y Servidores del Sector Público”, publicado en el Registro Oficial No. 2 de 12 de agosto de 2009”, que establece los casos en que procede el pago de viáticos, movilización, subsistencias y alimentación, a favor de los servidores públicos, en cumplimiento de licencia de servicios institucionales.

Del análisis jurídico que precede se desprende que los Concejales Cantonales, como dignatarios de elección popular, además de su remuneración mensual unificada establecida en la forma determinada por el artículo 358 del COOTAD, podrían percibir viáticos o subsistencias, según el caso, si en esa calidad deben trasladarse temporalmente para cumplir actividades relacionadas con el ejercicio de sus cargos a lugares distintos de aquel en que ejercen esa dignidad habitualmente, siempre que se cumplan las circunstancias establecidas en los Reglamentos que se han citado en este pronunciamiento; y, siempre que los gastos por tal concepto no sean cubiertos por otros organismos. La procedencia

del pago en cada caso, corresponde determinar bajo su exclusiva responsabilidad a los personeros de esa Municipalidad.

En similares términos, ha concluido la Procuraduría General del Estado, en pronunciamiento relacionado con viáticos y subsistencias, contenido en oficio No. 0477 de 14 de enero de 2011.

Por tanto, en atención a los términos de su segunda consulta se concluye que de conformidad con el inciso segundo del artículo 358 del COOTAD, los concejales tienen derecho a percibir dietas cuando deban integrar en calidad de vocales, representantes o miembros de cuerpos colegiados de fuera del seno del órgano legislativo municipal, sin que el total que perciban mensualmente por este concepto pueda superar el cincuenta por ciento de la remuneración mensual a la que tengan derecho. Por su parte, cuando deban cumplir actividades institucionales, fuera del lugar en que ejercen sus funciones habitualmente, los Concejales del Gobierno Municipal del Cantón Taisha, percibirán los viáticos o subsistencias que correspondan (y no dietas), de conformidad con el inciso cuarto del artículo 358 del COOTAD y el artículo 260 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, en los términos que constan en las indicadas normas, según me he referido en líneas anteriores, sin perjuicio de la remuneración establecida por el artículo 358 del COOTAD.

OF. PGE. N°: 01548, de 27-04-2011

CONCEJALES: LICENCIA, JORNADA DE TRABAJO Y SUBROGACIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN MONTUFAR

CONSULTAS:

1. “¿Es legal el pago de subrogación al Vicealcalde cuando en el período de un mes se hayan acumulado más de tres días de subrogación?”.
2. “¿Es legal el pago de remuneración a los concejales que se acojan a licencia; a más del pago de la remuneración que se realiza a su suplente?”.
3. “¿Es procedente que los concejales trabajen 8 horas diarias en la Municipalidad conforme lo dispone la LOSP?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 34, 66 num. 17, 229 y 370.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 57, 58, 59, 166, 254, 257, 328, 329, 356, 358 y Disp. Gen. Vigésima Segunda.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Art. 108

Ley Orgánica de Servicio Público Arts. 3 num. 2, 22 lit. c), 23 lit. b), 25, 51, 57, 97, 99 y 114; y, 24, 25 lit. a), 247 y 258 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. El informe jurídico del Procurador Síndico Municipal, contenido en oficio No. 08 DJ-GMM de 8 de febrero de 2011, cita el artículo 62 del COOTAD y concluye manifestando que: “El Vicealcalde podrá recibir compensación económica cuando supere en el lapso de un mes la acumulación de más de tres días de subrogación”.

El Ministerio de Relaciones Laborales, en el oficio No. MRL-AJ-2011 0004303 de 15 de marzo de 2011 suscrito por Viceministro del Servicio Público, manifiesta que si bien las normas del COOTAD reconocen autonomía a los Municipios, en cuanto a la administración del talento humano deben regirse al marco general de la Ley Orgánica del Servicio Público.

Con respecto al tema específico de su consulta, el Ministerio de Relaciones laborales cita la letra a) del artículo 62 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización que prevé que el Vicealcalde subrogará al alcalde en caso de ausencia temporal mayor a tres días; así como el artículo 126 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que regula el pago por subrogación, y sobre dicha base concluye que: “el Vicealcalde tendría derecho a la subrogación a partir del cuarto día de ausencia legal del Alcalde”.

El numeral 2 del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010, incluye en su ámbito de aplicación a las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado, como es el caso de las Municipalidades.

En concordancia, el artículo 354 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010, dispone que los servidores públicos de cada gobierno autónomo descentralizado se regirán por el marco general que establezca la ley que regule el servicio público y su propia normativa.

En materia de subrogaciones, el artículo 126 de la citada Ley Orgánica del Servicio Público, dispone que: “Cuando por disposición de la Ley o por orden escrita de autoridad competente, la servidora o el servidor deba subrogar en el ejercicio de un puesto del nivel jerárquico superior, cuyo titular se encuentre legalmente ausente, recibirá la diferencia de la remuneración mensual unificada que corresponda al subrogado, durante el tiempo que dure el reemplazo, a partir de la fecha de la subrogación, sin perjuicio del derecho del titular”.

El artículo 270 del Reglamento a la LOSEP, dispone que la subrogación procederá “considerando que la o el servidor subrogante tendrá derecho a percibir la diferencia que exista entre la remuneración mensual unificada de su puesto y la del puesto subrogado”. La norma agrega que: “El pago por subrogación correrá a partir del primer día y hasta cuando dure el tiempo de subrogación; y los aportes al IESS serán los que corresponda al puesto subrogado”.

Por su parte, el artículo 61 del COOTAD, prescribe que será el vicealcalde, como segunda autoridad del gobierno autónomo descentralizado municipal, quien reemplace al Alcalde en caso de ausencia, en los casos expresamente previstos en la Ley.

La letra a) del artículo 62 del mismo Código, establece que el vicealcalde subrogará al alcalde, “en caso de ausencia temporal mayor a tres días y durante el tiempo que dure la misma. En caso de ausencia definitiva, el o la vicealcaldesa asumirá hasta terminar el período. La autoridad reemplazante recibirá la remuneración correspondiente a la primera autoridad del ejecutivo”.

En virtud de que el COOTAD es posterior a la Ley Orgánica del Servicio Público, sus disposiciones prevalecen en esta materia, de manera que la subrogación del Alcalde corresponde al Vicealcalde en caso de ausencia temporal mayor a tres días, según la letra a) del artículo 62 del COOTAD, es decir en el evento en que la ausencia temporal del Alcalde se produzca en forma continua por más de tres días; y, en caso de ausencia definitiva, hasta terminar el periodo, según la misma norma.

En atención a los términos de su consulta se concluye que procede el pago por subrogación al Vicealcalde que reemplace al Alcalde, cuando la ausencia temporal de ejecutivo del gobierno autónomo municipal se produzca por más de tres días continuos en el mismo mes, de conformidad con la letra a) del artículo

62 del COOTAD. Pero, si bien la subrogación por parte del Vicealcalde procede cuando la ausencia del Alcalde es de más de tres días, esto no significa que el derecho a subrogación se de a partir del cuarto día, porque si la ausencia del Alcalde es programada y el Vicealcalde subroga al Alcalde desde el primer día, el pago por tal concepto es por todo el tiempo que dure la subrogación, desde el primer día, de conformidad con lo previsto en el artículo 126 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

2. El informe del Procurador Síndico Municipal, al que antes se hizo referencia, considera que: “Cuando los concejales soliciten licencia no percibirán ningún tipo de remuneración; quien recibirá la remuneración establecida en el COOTAD será su suplente”; al efecto, cita los artículos 57 letra s) del COOTAD, y 23 letra g) y 29 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

En cuando se refiere a la concesión de licencias a los miembros del Concejo Cantonal, el Ministerio de Relaciones Laborales en la comunicación que contiene su criterio institucional, manifiesta que es procedente, sustentándose al efecto en la letra s) del artículo 57 del COOTAD, que dispone: “Art. 57.- Atribuciones del concejo municipal: ... s) Conceder licencias a sus miembros, que acumulados, no sobrepasen sesenta días. En el caso de enfermedades catastróficas o calamidad doméstica debidamente justificada, podrá prorrogar este plazo.”

En el mismo oficio el Ministerio cita además los artículos 26, 27 y 28 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que regulan el régimen de licencias con o sin remuneración, según el caso; y, expone: “El artículo 27 regula las licencias con remuneración como derecho de los servidores públicos para diferentes fines, y dependiendo de cada una de ellas los días de concesión; en tanto que en el artículo 28 se norma a las licencias sin remuneración y para otros fines, como facultativa de la autoridad nominadora. En el caso de los Concejales de los Municipios, el Código Orgánico se ha referido de manera general a la concesión de licencias a sus miembros hasta sesenta días, sin diferenciar si ellas pueden ser con o sin remuneración y precisando únicamente enfermedad catastrófica y calamidad doméstica como extensivas, por lo que se deberá para su concesión, dependiendo del caso, guardar armonía con lo que señala la Ley Orgánica del Servicio Público y el Código Orgánico”.

El Viceministro del Servicio Público del Ministerio de Relaciones Laborales, en el oficio No. MRL-AJ-2011 0004303 de 15 de marzo de 2011, no emite criterio alguno con relación al tema específico de esta segunda consulta.

Al efecto, se considera que los concejales como dignatarios de elección popular, son servidores públicos de conformidad con el artículo 229 de la Constitución de la República, el artículo 4 de la LOSEP y su Disposición General Décima Octava, pero están excluidos de la carrera del servicio público, de conformidad con la letra c) del artículo 83 de la citada Ley Orgánica del Servicio Público. Conforme prevé el inciso final del citado artículo 83 de la LOSEP, los Capítulos 2 y 3 del Título II de esa Ley, que regulan inhabilidades y prohibiciones aplicables a los servidores públicos, son de observancia obligatoria en todo el sector público, de lo que se desprende que las restantes normas de la LOSEP se aplicarán a los servidores excluidos de la carrera del servicio público, como es el caso de los dignatarios de elección popular, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de la función que desempeñan y demás normativa que regula sus labores.

Los derechos de los servidores públicos están previstos en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Servicio Público, ubicado en el Capítulo 3 del Título II de esa Ley; entre ellos constan derechos que son exclusivos del personal de carrera del servicio público, y otros que son aplicables respecto de todo el personal, incluido el que no pertenece a la carrera del servicio público.

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

Se reconocen licencias con remuneración, según el artículo 27 de la LOSEP, en los casos de enfermedad que imposibilite la realización de labores; enfermedad catastrófica o accidente grave; maternidad o paternidad; y, en caso de calamidades domésticas. Estos casos están regulados también por los artículos 33 a 39 del Reglamento General a la LOSEP. Las licencias sin remuneración, se regulan por el artículo 28 de la LOSEP y el artículo 40 de su Reglamento.

El artículo 110 de la LOSEP dispone que: “las remuneraciones no serán fraccionables dentro de un mismo mes entre dos personas”.

En atención a los términos de su consulta se concluye que los Concejales que se acojan a licencias con remuneración, reguladas por los artículos 27 y 29 de la LOSEP y el Capítulo III de su Reglamento General, en armonía con la letra s) del

artículo 57 del COOTAD, podrán recibir la remuneración que les corresponda de conformidad con el artículo 358 del COOTAD, sin perjuicio de los derechos del respectivo suplente, a quien se deberá cancelar el valor proporcional al tiempo que dure el reemplazo, pues el artículo 110 de la LOSEP prohíbe fraccionar la remuneración entre dos personas.

Toda vez que la Ordenanza que determine las remuneraciones de los concejales, debe señalar la respectiva fuente de financiamiento, de conformidad con el artículo 358 del COOTAD, el Concejo Municipal deberá regular en ella, lo relacionado con los suplentes de los concejales y prever en su presupuesto los recursos necesarios para efectuar pagos por tal concepto.

3. En el informe del Procurador Síndico Municipal al que se hizo referencia al atender sus dos primeras consultas, se manifiesta que: “Los Concejales tendrán el deber de cumplir lo dispuesto en el Art. 22 de la LOSEP en su literal c) por ser servidores públicos; es decir tendrán que cumplir con su deber de laborar las 8 horas diarias y cuarenta a la semana conforme lo dispuesto en el Art. 229 de la Constitución de la República y los Arts. 4 y 22 literal c) de la Ley Orgánica del Servicio Público. Las funciones y responsabilidades de los Concejales contempladas en el COOTAD en el Art. 29, son eso sólo la enumeración de trabajo y funciones; lo que está en discusión es que esas funciones deban realizarlas en el horario que lo dispone la Institución y por lo tanto tendrán que trabajar 8 horas diarias. No se puede establecer jornadas especiales de trabajo en las Municipalidades y de hacerlo cobijarían a todos sus servidores...”.

La letra b) del artículo 23 de la Ley Orgánica del Servicio Público, establece como derecho del servidor, percibir una remuneración proporcional a la función; dicho derecho está relacionado a su vez con el deber del servidor de cumplir personalmente con las obligaciones de su puesto, que establece la letra b) del artículo 22 *ibídem*.

De conformidad con el artículo 25 de la Ley Orgánica del Servicio Público, las jornadas de trabajo para las entidades, instituciones, organismos y personas jurídicas señaladas en el artículo 3 de esa Ley, entre las cuales se encuentran los gobiernos autónomos descentralizados según el numeral 2 de dicha norma, podrán tener las modalidades de jornada ordinaria y jornada especial y que la jornada ordinaria: “Es aquella que se cumple por ocho horas diarias efectivas

y continuas, de lunes a viernes y durante los cinco días de cada semana, con cuarenta horas semanales”. Idéntica disposición consta en el artículo 24 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público.

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

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

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

De conformidad con el artículo 58 del Código *ibídem*, a los concejales les corresponde: “a) Intervenir con voz y voto en las sesiones y deliberaciones del concejo municipal; b) Presentar proyectos de ordenanzas cantonales, en el ámbito de competencia del gobierno autónomo descentralizado municipal; c) Intervenir en el consejo cantonal de planificación y en las comisiones, delegaciones y representaciones que designe el concejo municipal; y, d) Fiscalizar las acciones del ejecutivo cantonal de acuerdo con este Código y la ley”.

El artículo 329 del COOTAD, dispone que la función de concejal, es obligatoria; su letra g) les prohíbe: “g) Desempeñar el cargo en la misma Corporación”. El artículo 355 del mismo Código, prevé que sus deberes y atribuciones son

los señalados expresamente en la Constitución y en este Código, pero no ha determinado que cumplan funciones a tiempo completo, como sí lo ha hecho respecto de la primera y máxima autoridad ejecutiva del gobierno municipal.

La letra d) del artículo 57 del COOTAD, confiere al Concejo Municipal competencia para regular temas institucionales específicos.

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

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

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

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

Atenta la relación que existe entre el derecho a percibir remuneración proporcional a la función, según la letra b) del artículo 23 de la Ley Orgánica del Servicio Público, y el deber de cumplir personalmente con las obligaciones de su puesto, que establece la letra b) del artículo 22 ibídem, se concluye que los concejales están obligados a asistir a las sesiones y deliberaciones del concejo municipal, intervenir en el concejo cantonal de planificación y en las comisiones,

delegaciones y representaciones a las que hayan sido designados, al tenor del artículo 58 del COOTAD, sin que ello signifique que deban cumplir las ocho horas diarias que establece como jornada ordinaria el artículo 25 de la LOSEP y el artículo 24 de su Reglamento General.

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

Sin embargo, el horario de trabajo de los Concejales que establezca el Concejo Municipal, deberá guardar proporcionalidad con la remuneración que se les fije, dentro de los pisos y techos remunerativos determinados por el Ministerio de Relaciones Laborales, observando los límites del artículo 358 del COOTAD.

OF. PGE. N°: 01485, de 21-04-2011

CONCEJALES: RÉGIMEN DE REMUNERACIONES Y MÁS BENEFICIOS ADICIONALES

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN MOCHA

CONSULTAS:

1. “Si bien es cierto en el artículo 358 (sic) se encuentra establecido que los integrantes de los órganos legislativos de los Gobiernos Autónomos Descentralizados percibirán la remuneración mensual que fijen en acto normativo, remuneración mensual que en ningún caso será superior al cincuenta por ciento (50%) de la remuneración del Alcalde, pero no es menos cierto que existe la Disposición General Vigésimo Segunda (sic), según la cual, en el período actual de funciones todos los órganos normativos de los gobiernos

autónomos descentralizados deberán actualizar y codificar las normas vigentes en cada circunscripción territorial; entonces, ¿Desde cuando se debe cancelar remuneración en lugar de dietas a los integrantes del órgano legislativo de nuestra institución (Concejales)?”.

2. “Tomando en consideración lo dispuesto en la Constitución de la República y en la Ley de Servicio Público, normas Constitucional y Legal respectivamente, según las cuales, entre los servidores públicos se les incluye también al personal que no es de carrera y entre ellos a los dignatarios de elección popular, ¿qué beneficios y obligaciones implica que a los señores Concejales de nuestra institución se les cancele “remuneración”, entendiéndolo y comprendiendo que el goce de una remuneración según la Ley de Servicio Público, genera derechos como: acceder a la décimo tercera, décimo cuarta remuneración, afiliación al IESS, fondos de reserva etc., e igualmente al cumplimiento de obligaciones tales como: cumplir con un horario de trabajo, registrar su asistencia diaria, cumplir con ciertas actividades específicas, someterse al régimen disciplinario interno de la institución, entre otros?”.

3. “Con los antecedentes expuestos, la auto regulación de la que trata el COOTAD para los órganos legislativos de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, ¿bajo qué parámetros debe realizarse”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 229.

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 3, 4, 25, 83 lit. c), 99 y Disp. Trans. Décima.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 59, 166, 254, 328, 329, 338, 356, 358 y Disp. Trans. Vigésimo Segunda.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Arts. 108, 166, 257 y Disp. Gen. Segunda.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010, en el Art. 166 dispone que: “Toda norma que expida un gobierno autónomo descentralizado que genere una obligación financiada con recursos públicos establecerá la fuente de financiamiento correspondiente”.

El Art. 254 del Código Orgánico citado expresa que no se podrá efectuar ningún egreso de recursos públicos sino con cargo al presupuesto del ejercicio vigente. El Art. 257 del Código Orgánico de la referencia señala que no podrán efectuarse trasposos de créditos del presupuesto de los organismos de los gobiernos autónomos descentralizados: “2. Para la creación de nuevos cargos o aumentos de las asignaciones para sueldos constantes en el presupuesto, salvo en los casos previstos para atender inversiones originadas en nuevas competencias, adquisición de maquinarias para la ejecución de la obra pública u otras similares”.

En el Art. 328 del Código Orgánico en estudio se prohíbe a los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados: “...g) Aprobar ordenanzas, acuerdos o resoluciones que no hayan cumplido los procedimientos establecidos en el presente Código”.

El Art. 358 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización que es motivo de su consulta, establece lo siguiente:

“Art. 358 .- Remuneración y Dietas.- Los miembros de los órganos legislativos de los gobiernos regionales, metropolitanos, municipales y parroquiales rurales son autoridades de elección popular que se regirán por la ley y sus propias normativas, percibirán la remuneración mensual que se fije en acto normativo o resolución, según corresponda al nivel de gobierno. 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”.

La Disposición Transitoria Vigésimo Segunda del referido Código Orgánico dispone que en el período actual de funciones, todos los órganos normativos de los gobiernos autónomos descentralizados deberán actualizar y codificar las normas vigentes en cada circunscripción territorial y crearán gacetas normativas oficiales, con fines de información, registro y codificación.

El Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 306 de 22 de octubre de 2010, en el Art. 108 señala que todo flujo de recurso público deberá estar contemplado obligatoriamente en el Presupuesto General del Estado o en los Presupuestos de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, Empresas Públicas, Banca Pública y Seguridad Social.

La Disposición General Segunda del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas determina que toda ley, decreto, acuerdo, resolución o cualquier otro instrumento legal o administrativo que comprometa recursos públicos, se aplicará únicamente si cuenta con una fuente de financiamiento respectiva.

Del análisis jurídico que antecede se determina que los artículos 166 y 257 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización disponen que toda norma que expida un gobierno autónomo descentralizado que genere una obligación financiada con recursos públicos debe establecer su fuente de financiamiento y que no podrán efectuar traspasos de créditos para aumentos de asignaciones de sueldos constantes en el presupuesto; y, que el Art. 108 y la Disposición General Segunda del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas determinan que todo flujo de recurso público deberá estar contemplado obligatoriamente en los presupuestos de los gobiernos autónomos descentralizados, y que cualquier instrumento legal o administrativo que comprometa recursos públicos, se aplicará si cuenta con la respectiva fuente de financiamiento.

De lo expuesto se concluye, que no es procedente que a partir del mes de noviembre de 2010, con posterioridad a la expedición del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, vigente desde el 19 de octubre de 2010, se pague la remuneración mensual de los concejales conforme a lo previsto en el Art. 358 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, sino que dicha remuneración se deberá aplicar a partir del año 2011, de conformidad con los artículos 166 y 257 del COOTAD, teniendo en cuenta para el efecto, que la ordenanza que fije el monto de dicha remuneración, cuente irrestrictamente con la disponibilidad de recursos del presupuesto municipal, por así disponerlo expresamente el referido Art. 358 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

2. La Constitución de la República en el Art. 229 dispone que serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

En similares términos consta el Art. 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

Se aclara que la Ley Orgánica del Servicio Público en la letra c) del Art. 83 excluye del sistema de la carrera del servicio público, a las o los dignatarios elegidos por votación popular.

Al absolver la primera consulta concluí manifestando que es improcedente realizar el pago de la remuneración mensual a los señores concejales prevista en el Art. 358 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización a partir del mes de noviembre de 2010; y que la referida remuneración mensual se deberá aplicar a partir del año 2011.

En consecuencia se concluye que el pago de los décimo tercero y cuarto sueldos, así como el aporte al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social a los señores concejales de la Municipalidad del cantón Mocha deberá considerarse en el presupuesto municipal a partir del año 2011; no así el pago de los fondos de reserva que deberá aplicarse en el presupuesto del año 2012, toda vez que conforme a lo dispuesto en el Art. 99 de la vigente Ley Orgánica del Servicio Público el fondo de reserva debe pagarse a partir del segundo año de ejercicio de dichas funciones en esa Corporación Municipal.

Respecto a las obligaciones de los concejales, entre estas la de cumplir con un horario de trabajo, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización en el Art. 58 establece las siguientes atribuciones de los concejales o concejalas: “a) Intervenir con voz y voto en las sesiones y deliberaciones del concejo municipal; b) Presentar proyectos de ordenanzas cantonales, en el ámbito de competencia del gobierno autónomo descentralizado municipal; c) Intervenir en el consejo cantonal de planificación y en las comisiones, delegaciones y representaciones que designe el concejo municipal; y, d) Fiscalizar las acciones del ejecutivo cantonal de acuerdo con este Código y la ley”.

El Art. 329 del Código Orgánico de la referencia expresa que la función de concejal o concejala, entre otros miembros legislativos, es obligatoria; sus deberes y atribuciones son los señalados expresamente en la Constitución y en este Código; agrega que queda prohibido por incompatibilidad a los integrantes de los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados: “g) Desempeñar el cargo en la misma Corporación”.

Respecto del alcalde o alcaldesa de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, los artículos 59 y 356 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización establecen que el alcalde o alcaldesa es la primera y máxima autoridad ejecutiva de cada gobierno autónomo descentralizado, “cumplirán sus funciones a tiempo completo y no podrán

desempeñar otros cargos ni ejercer la profesión”, excepto la cátedra universitaria en los términos previstos en la Constitución y la ley.

De lo expuesto se determina que, los concejales no están obligados a laborar ocho horas diarias, sino a asistir a las sesiones y deliberaciones del concejo municipal, intervenir en el consejo cantonal de planificación y en las comisiones, delegaciones y representaciones que hayan sido designados por el concejo municipal; situación muy distinta de la del alcalde o alcaldesa, que como máxima autoridad ejecutiva municipal, le corresponde desempeñar sus funciones a tiempo completo.

En relación con la jornada de trabajo, la Ley Orgánica del Servicio Público, en el Art. 25 dispone que las jornadas de trabajo para las entidades, instituciones, organismos y personas jurídicas señaladas en el artículo 3 de esa Ley, entre las cuales se encuentran los gobiernos autónomos descentralizados podrán tener las modalidades de jornada ordinaria y jornada especial, y que en cuanto a la jornada ordinaria “Es aquella que se cumple por ocho horas diarias efectivas y continuas, de lunes a viernes y durante los cinco días de cada semana, con cuarenta horas semanales”.

Por lo expuesto los señores concejales del cantón Mocha que perciban remuneración mensual conforme lo dispuesto en el Art. 358 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, no están obligados a laborar las ocho horas diarias que establece como jornada ordinaria el Art. 25 de la Ley Orgánica del Servicio Público que he citado.

3. La Ley Orgánica del Servicio Público en el Art. 3 expresa que las disposiciones de la presente ley son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública, que comprende: “2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales”; y en el número 4 inciso tercero señala que las escalas remunerativas de las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales, se sujetarán a su real capacidad económica y no excederán los techos y pisos para cada puesto o grupo ocupacional establecidos por el Ministerio de Relaciones Laborales, en ningún caso el piso será inferior a un salario básico unificado del trabajador privado en general.

La Disposición Transitoria Décima *ibídem* dispone que en el plazo de un año, contado a partir de la promulgación de esta Ley, los Gobiernos Autónomos Descentralizados, dictarán y aprobarán su normativa que regule la administración autónoma del talento humano, en la que se establecerán las escalas remunerativas y normas técnicas, de conformidad con la Constitución y esta Ley. Agrega que las disposiciones graduales para equiparar remuneraciones que consten en dichos instrumentos normativos tendrán como plazo máximo el 31 de diciembre de 2013.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización en el Art. 338 expresa que cada gobierno regional, provincial, metropolitano y municipal tendrá la estructura administrativa que requiera para el cumplimiento de sus fines y el ejercicio de sus competencias y funcionará de manera desconcentrada. La estructura administrativa será la mínima indispensable para la gestión eficiente, eficaz y económica de las competencias de cada nivel de gobierno, se evitará la burocratización y se sancionará el uso de cargos públicos para el pago de compromisos electorales.

Agrega el Art. 338 citado que, cada gobierno autónomo descentralizado elaborará la normativa pertinente según las condiciones específicas de su circunscripción territorial, en el marco de la Constitución y la ley.

Concluye el Art. 338 del mencionado Código Orgánico que, todas las entidades que integran los gobiernos autónomos descentralizados, así como las personas jurídicas creadas por acto normativo de estos gobiernos para la prestación de servicios públicos, son parte del sector público, de acuerdo a lo previsto en la Constitución.

La Disposición Transitoria Vigésimo Segunda del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización expresa que en el período actual de funciones, todos los órganos normativos de los gobiernos autónomos descentralizados deberán actualizar y codificar las normas vigentes en cada circunscripción territorial y crearán gacetas normativas oficiales, con fines de información, registro y codificación.

Por lo expuesto, con los fundamentos jurídicos que sirvieron de base para absolver la primera y segunda consulta, la Municipalidad de Mocha debe observar el Art. 3 número 4 inciso tercero de la Ley Orgánica del Servicio Público,

que expresa que las escalas remunerativas de las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales, se sujetarán a su real capacidad económica y no excederán los techos y pisos para cada puesto o grupo ocupacional establecidos por el Ministerio de Relaciones Laborales; y que en ningún caso el piso será inferior a un salario básico unificado del trabajador privado en general.

Deberá tener en cuenta dicha Municipalidad, los parámetros previstos en la Disposición Transitoria Décima de la Ley Orgánica del Servicio Público, que determina que los gobiernos autónomos descentralizados dictarán y aprobarán su normativa que regule la administración autónoma del talento humano, en la que se establecerán las escalas remunerativas y normas técnicas de conformidad con la Constitución y esa ley.

Además esa Municipalidad debe observar lo dispuesto en el Art. 338 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización que señala que cada gobierno autónomo descentralizado, entre estos el gobierno municipal tendrá la estructura administrativa que requiera para el cumplimiento de sus fines y el ejercicio de sus competencias y funcionará de manera desconcentrada; cuya normativa se elaborará según las condiciones específicas de su circunscripción territorial en el marco de la Constitución y la ley.

Así mismo debe observar la Municipalidad de Mocha la Disposición Transitoria Vigésimo Segunda del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización que dispone que en el período actual de funciones, todos los órganos normativos de los gobiernos autónomos descentralizados deberán actualizar y codificar las normas vigentes en cada circunscripción territorial y crearán gacetas normativas oficiales, con fines de información, registro y codificación; y, proceder en consecuencia.

OF. PGE. N°: 00504, de 14-01-2011

**CONCURSO DE MÉRITOS Y OPOSICIÓN: CARGOS DE LIBRE
NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN**

ENTIDAD CONSULTANTE: AUTORIDAD PORTUARIA DE ESMERALDAS

CONSULTA:

“¿Para llenar un cargo de libre nombramiento y remoción se debe llamar a concurso?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 228 y 299.

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 5, 83 lit. a).

Ley General de Puertos Art. 7.

Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional Art. 8 lit. b).

D. E. N° 8, R. O. N° 18, 8-02-2007 Art. 11.

Res. N° 21 Art. 1.

PRONUNCIAMIENTO:

En el oficio que contesto se manifiesta que Autoridad Portuaria de Esmeraldas, actualmente se halla regida por la Subsecretaría de Puertos y Transporte Marítimo y Fluvial, perteneciente al Ministerio de Transporte y Obras Públicas, siendo esta última entidad la rectora de la política portuaria, por lo que ejerce las competencias, atribuciones, funciones, representaciones y delegaciones que antes ejercía la DIGMER.

Tanto del oficio que contiene la consulta formulada, así como del Acta No. 031 de la Sesión Extraordinaria del Directorio de Autoridad Portuaria de Esmeraldas del 26 de noviembre de 2010, que se adjunta al oficio que contesto, se desprende que la duda se genera en el hecho de que existen únicamente dos postulantes que han dado cumplimiento a los requisitos solicitados por Autoridad Portuaria de Esmeraldas en la convocatoria para la conformación de la terna para el cargo de Gerente General de la referida entidad; por lo tanto, no sería posible cumplir lo establecido en letra b) del Art. 8 de la Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional, que establece como atribución del Directorio de las Autoridades Portuarias del país, el elaborar la terna para la designación del Gerente de la entidad por parte de la Dirección de la Marina Mercante y del Litoral.

Por su parte, en el criterio jurídico institucional, constante en el memorando No. AJ-2010-167 de 6 de diciembre de 2010, la Asesora Jurídica Encargada de Autoridad Portuaria de Esmeraldas, con fundamento en el Art. 229 de la Constitución de la República y 5 de la Ley Orgánica del Servicio Público, concluye que sí se debe llamar a concurso “pero únicamente de mérito para llenar un cargo de libre nombramiento y remoción”.

Con estos antecedentes, procedo a absolver la consulta planteada en los siguientes términos:

El Art. 7 de la Ley General de Puertos, dispone que las Entidades Portuarias en cuanto a su organización y administración se registrarán por las disposiciones contenidas en la Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional; mientras que el artículo 9 ibídem, establece que para la aplicación de aquella Ley, se consideran Entidades Portuarias, tanto las actuales Autoridades Portuarias, como las Organizaciones que se hubieren conformado o se conformaren en el futuro para la administración de los puertos.

En el Catastro de Instituciones, Entidades, Empresas y Organismos del Estado, publicado en la Edición Especial del Registro Oficial No. 19 de 10 de noviembre de 2009, consta Autoridad Portuaria de Esmeraldas, dentro de las Instituciones de Transporte y Servicios Relacionados.

Según lo prescribe el Art. 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, con la advertencia de que la inobservancia a tal disposición provocará la destitución de la autoridad nominadora.

En el Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010, fue publicada la Ley Orgánica de Servicio Público, cuyo artículo 5, relacionado con el ingreso al servicio público, dispone en la letra h), como uno de los requisitos para el mencionado ingreso, el haber sido declarado triunfador en el concurso de méritos y oposición, salvo en los casos de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción.

Tanto la Constitución de la República como la Ley de Servicio Público, disponen categóricamente que las personas que ocupen cargos de libre nombramiento y remoción o sean elegidos por votación popular no necesitan ingresar al servicio público mediante concurso de méritos y oposición.

Dentro de las servidoras y servidores públicos excluidos de la carrera del servicio público, la letra a) del artículo 83 de la Ley del Servicio Público referente a quienes tienen a su cargo la dirección política y administrativa del Estado, incluye

en la letra a.5 del referido literal, a los directores y gerentes, subdirectores y subgerentes en todas sus categorías y niveles.

La letra b) del Art. 8 de la Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional, establece como atribución del Directorio de las Autoridades Portuarias, la de elaborar la terna para la designación del Gerente de la Entidad, por parte de la Dirección de la Marina Mercante y del Litoral, actual Subsecretaría de Puertos y Transporte Marítimo y Fluvial del Ministerio de Transporte y Obras Públicas.

Con respecto a la designación de los Gerentes de Autoridades Portuarias, la última Resolución expedida por la Dirección General de la Marina Mercante y del Litoral es la contenida en el “Reglamento para la Conformación, Selección y Presentación de las Ternas previo a la Designación de los Gerentes Generales de las Autoridades Portuarias”, expedida mediante Resolución No. 039/07, publicada en el Registro Oficial No. 58 de 5 de abril de 2007, posteriormente reformada mediante Resolución de la DIGMER No. 044/2007, publicada en el Registro Oficial No. 78 de 7 de mayo de 2007. Posteriormente ambas resoluciones fueron derogadas con Resolución No. SPTMF 001/10 de la Subsecretaría de Puertos y Transporte Marítimo Fluvial del Viceministerio de Gestión de Transporte, de 15 de enero de 2010, publicada en el Registro Oficial No. 127 de 10 de febrero de 2010.

Por otro lado, mediante Decreto Ejecutivo No. 8, publicado en el Registro Oficial No. 18 de 8 de febrero de 2007, se creó el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, con la Subsecretaría de Puertos y Transporte Marítimo y Fluvial, a cuyo cargo y responsabilidad se encontraba la Dirección General de la Marina Mercante y del Litoral. Posteriormente, por Decreto Ejecutivo No. 1111, publicado en el Registro Oficial No. 358 de 12 de junio de 2008, en su Art. 1 se dispuso que la Dirección General de la Marina Mercante y Puertos, DIGMER, pase a ser una dependencia administrativa de la Subsecretaría de Puertos y Transporte Marítimo y Fluvial, entre otras, con las siguientes atribuciones: “a) Todas las relacionadas con la actividad portuaria nacional, constantes en leyes, reglamentos y demás instrumentos normativos que hasta la fecha eran ejercidas por la Dirección General de la Marina Mercante y Puertos - DIGMER, en especial las establecidas en la Ley General de Puertos y Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional”.

El artículo 11 del citado Decreto, establece: “En todas las disposiciones legales y reglamentarias que se haga referencia a la “Dirección General de la Marina

Mercante y del Litoral – DIGMER”, sustitúyase por “Subsecretaría de Puertos y Transporte Marítimo y Fluvial”; mientras que, su Disposición Final deroga todas las disposiciones de igual o menor jerarquía que se opongan al presente Decreto Ejecutivo.

Del mismo modo, el Consejo Nacional de la Marina Mercante y Puertos, mediante Resolución No. 21, publicada en el Registro Oficial No. 478 de 1 de diciembre de 2008, dispuso que la Subsecretaría de Puertos Transporte Marítimo y Fluvial asuma las funciones y atribuciones que eran ejercidas por la Dirección General de la Marina Mercante y del Litoral.

El Art. 1 de la mencionada Resolución No. 21 dispone: “La Subsecretaría de Puertos y Transporte Marítimo y Fluvial, asumirá las funciones y atribuciones que eran ejercidas por la Dirección General de la Marina Mercante y del Litoral, como autoridad portuaria nacional y de transporte marítimo y fluvial y como representante en todos los foros nacionales e internacionales, establecidos principalmente en los siguientes cuerpos legales, reglamentarios, resoluciones e instrumentos jurídicos de carácter supranacional:.. b. Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional”.

De las disposiciones citadas, se establece que las atribuciones de la Dirección de la Marina Mercante y del Litoral, DIGMER, fueron asumidas por la Subsecretaría de Puertos y Transporte Marítimo Fluvial, a partir de la expedición del Decreto Ejecutivo 1111, publicado en el Registro Oficial No. 358 de 12 de junio de 2008, por la cual la DIGMER pasó a ser una dependencia de la Subsecretaría de Puertos y Transporte Marítimo y Fluvial. Y como la reglamentación anterior al mencionado Decreto sobre la designación de los gerentes de autoridades portuarias, fue derogada mediante Resolución No. SPTM 001/10 de la Subsecretaría de Puertos y Transporte Marítimo Fluvial del Viceministerio de Gestión de Transporte, de 15 de enero de 2010, entonces la disposición vigente con respecto al nombramiento de dichos gerentes generales es el artículo 8, letra b) de la Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional, que no prevé la convocatoria a concurso de méritos y oposición para la designación de los Gerentes de Autoridades Portuarias del país, sino la designación en base a una terna conformada por el Directorio de cada Autoridad Portuaria.

Por su parte, el Art. 12 de la Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional, dispone que el Gerente de las Autoridades Portuarias es el principal ejecutivo de la

Entidad y será su representante legal; y, agrega que, para su designación deberá acreditar experiencia administrativa y ejecutiva y en lo posible, conocimientos en materia portuaria.

De conformidad con la Enciclopedia Jurídica Omeba, el término designación, es el señalamiento, el nombramiento, la destinación de alguien para una tarea, función, ocupación o misión determinada. Por lo tanto, dicho término no implica necesariamente que previo a la designación de un funcionario público como es el caso que nos ocupa, dicho funcionario tenga que ser designado mediante concurso de méritos y oposición.

El Diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas, define al concurso, como la “convocatoria o llamamiento para elegir entre los que deseen ejecutar una obra o prestar un servicio”; y, al concurso público como “cualquiera de los que tienen por objeto la ejecución de obras y servicios públicos o tendientes a la provisión de cargos de esa misma índole”.

Por su parte, el mismo Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, establece que la “designación” es el “nombramiento para algún puesto, cargo o función”; y, al verbo designar, como el “destinar para un cargo o función, nombrar para empleo público o privado”.

El artículo 425 de la Constitución de la República dispone el orden jerárquico de aplicación de las normas, por lo que atento el contenido de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que han sido analizadas, se desprende que el único requisito que exige el Art. 8 de la Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional para la designación del gerente general de las autoridades portuarias, es la existencia de tres postulantes, de ahí el término “terna”, lo cual no significa que los tres candidatos sugeridos tengan que participar en un concurso propiamente dicho, sino que simplemente uno de ellos será designado para ocupar el puesto de Gerente General de la Autoridad Portuaria respectiva.

Atento el análisis jurídico que precede, en contestación a los términos de su consulta, para la designación del Gerente de Autoridad Portuaria de Esmeraldas, por disposición expresa de los artículos 228 de la Constitución de la República, 5 letra h) de la Ley Orgánica del Servicio Público y letra b) del Art. 8 de la Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional, no es necesario convocar a concurso de méritos y oposición.

La designación de los Gerentes de las autoridades portuarias del país, corresponde a la Subsecretaría de Puertos y Transporte Marítimo y Fluvial del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 8, letra b) de la Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional, en concordancia con el Decreto Ejecutivo 1111, publicado en el Registro Oficial No. 358 de 12 de junio de 2008 y la Resolución No. 21 del Consejo Nacional de la Marina Mercante y Puertos, publicada en el Registro Oficial No. 478 de 1 de diciembre de 2008, en base a la terna que para el efecto conforme el Directorio de la Autoridad Portuaria de Esmeraldas, que prevalecen sobre cualquier disposición de menor jerarquía que haya sido dictada para la designación de los gerentes generales de las autoridades portuarias del país, de conformidad con el Art. 425 de la Constitución Política de la República.

OF. PGE. N°: 00415, de 11-02-2011

CONCURSO DE MÉRITOS Y OPOSICIÓN: NOMBRAMIENTO DE VICERRECTOR

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE EDUCACIÓN

CONSULTA:

“¿Es legal y procedente otorgar nombramiento de Vicerrector Titular del Colegio Fiscal Portoviejo, al ganador del concurso de méritos y oposición para ese cargo a pesar de no poseer nombramiento como docente fiscal, sino ser maestro contratado en ese establecimiento; y, tener 21 años de experiencia en establecimientos particulares?”.

BASES LEGALES:

Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional Arts. 6, 10, 12 y 13 ; y, 23, 31 y 89 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

De manera previa a atender la consulta planteada, esta Procuraduría en oficios Nos. 247 de 29 de diciembre de 2010 y 00099 de 25 de enero de 2011, solicitó a usted remitir el criterio debidamente fundamentado por parte del Asesor Jurídico de Ministerio que usted representa; copias certificadas de la documentación relativa al concurso de méritos y oposición para la designación del Vicerrector Académico Matutino del Colegio de Portoviejo de la Provincia de Manabí; y, toda

la documentación relacionada con su consulta. Dichos requerimientos fueron atendidos por el Coordinador General de Asesoría Jurídica en oficios Nos. 0000146-CGAJ-2011 y 0000147-CGAJ-2011, ambos de 20 de enero de 2011.

En el oficio No. 0000147-CGAJ-2011 de 20 de enero de 2011, el Coordinador General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Educación manifiesta que conforme al proceso del concurso y como consta del expediente del mismo, el ganador de dicho concurso cumpliría con los requisitos detallados en el artículo 6 de la Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional para ingresar a la carrera docente; esto es, ser ciudadano ecuatoriano y estar en goce de los derechos de ciudadanía; poseer título docente reconocido por ley; y, participar y triunfar en los correspondientes concursos de merecimientos y de oposición.

Añade el Coordinador General, que cumple además con lo establecido en el artículo 31 del Reglamento General a la Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional, en el cual se señalan los requisitos que deben cumplir los participantes del concurso de merecimientos y oposición para ocupar las vacantes de rectores, vicerrectores, inspectores generales, y subinspectores generales de los establecimiento educativos de nivel medio.

Manifiesta además el Coordinador General de Asesoría Jurídica, que el artículo 23 del mencionado Reglamento General, relacionado con las promociones, es aplicable para los docentes fiscales, lo cual no obsta el derecho de un docente que está bajo contrato en un establecimiento público y que tiene experiencia en establecimientos particulares para participar y ganar el concurso de merecimiento y oposición, en cumplimiento del debido proceso; y concluye manifestando, que en atención a lo expuesto y al proceso del concurso constante en el expediente del mismo, el profesor a contrato es ganador del concurso de merecimientos y oposición para Vicerrector del Colegio Nacional Portoviejo de la ciudad de Portoviejo, generándose el derecho subjetivo a su favor para que se expida el nombramiento respectivo.

La Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional, en el artículo 6 señala que para ingresar a la carrera docente se requiere:

- a) Ser ciudadano ecuatoriano y estar en goce de los derechos de ciudadanía;
- b) Poseer título docente reconocido por la Ley; y,

c) Participar y triunfar en los correspondientes concursos de merecimientos y de oposición”.

El artículo 10 de la mencionada Ley determina que el ejercicio profesional de la educación “se inicia desde la posesión en el cargo”.

Conforme al artículo 12 de la referida Ley, para el servicio docente se establece la siguiente carrera:

- “1) Profesores;
- 2) Administradores; y,
- 3) Supervisores”.

El artículo 13 inciso primero de la mencionada Ley prescribe que el acceso a cualquiera de las funciones enumeradas en el artículo precedente “será por concurso de merecimientos y en forma progresiva”; de lo cual se desprende, que para ser administrador de un establecimiento educativo fiscal, como es el puesto de Vicerrector de colegio, se requiere previamente tener la condición de profesor de carrera en el Magisterio Nacional.

Concordante con lo expuesto, cabe destacar que el artículo 23 del referido Reglamento expresa que la “Promoción es el paso de un profesional de la educación a una función jerárquica superior, a la que podrá acceder únicamente previo concurso de merecimientos y oposición”.

El artículo 31 del indicado Reglamento dispone que los participantes en los concursos de merecimientos y oposición para ocupar vacantes de rectores, vicerrectores, inspectores generales y subinspectores generales de los establecimientos educativos de nivel medio, deben cumplir entre otros requisitos: “3. Certificado de no haber sido sancionado con suspensión del cargo durante su carrera docente”. En el caso consultado, para participar en el concurso para ocupar el cargo de vicerrector, se requiere que el participante tenga la condición de docente de carrera.

Téngase en cuenta que el inciso quinto del artículo 37 del mencionado Reglamento señala que las personas que desempeñen las funciones de vicerrector, entre otros cargos administrativos que ahí se especifican, una vez que dejen de ejercer dichas funciones, “se reintegrarán a la institución a lo (sic) que pertenece su partida originalmente”.

De conformidad con el artículo 89 del indicado Reglamento, se considera administrador de nivel medio del Magisterio Nacional, entre otros, al “Vicerrector de colegio”.

De la normativa legal que antecedente, se desprende que conforme al artículo 10 de la Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional, el ejercicio profesional de la educación se inicia desde la posesión en el cargo; que de acuerdo con el artículo 13 de la indicada Ley, la carrera docente se realiza en forma progresiva; que el artículo 23 del Reglamento a la mencionada Ley establece que la promoción es el paso de un profesional de la educación a una función jerárquica superior a la cual se accede previo concurso de merecimientos y oposición; y, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 31 del citado Reglamento, para ocupar la vacante de vicerrector se requiere que el docente de carrera no haya sido sancionado con suspensión del cargo.

Con fundamento en lo expuesto, teniendo en cuenta que el docente que motiva su consulta participó en el concurso de méritos y oposición para ocupar el cargo de Vicerrector del Colegio Fiscal de Portoviejo en calidad de maestro contratado, y no como docente fiscal de carrera del Magisterio Nacional, se concluye que es improcedente que se le otorgue el nombramiento para ocupar el mencionado cargo de Vicerrector, en razón de que no estaba habilitado para participar en el indicado concurso de méritos y oposición, por su calidad de maestro contratado.

OF. PGE. N°: 00366, de 10-02-2011

CONTRATACIÓN DE ÍNFIMA CUANTÍA: EJECUCIÓN INDIVIDUAL DEL CONTRATO

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN TAISHA

CONSULTAS:

1. “¿Puede el Gobierno Municipal del cantón Taisha contratar la construcción de obras (baterías sanitarias, caminos ecológicos para las comunidades fronterizas) en forma individual, mediante el procedimiento de ínfima cuantía, agrupándoles todas estas obras en una partida presupuestaria global?”.
2. “De conformidad a la Resolución No. 043-10-INCOP Art. 4, una vez agrupado y calculado la cuantía de todas las inversiones en una sola partida presupuestaria:

¿Es pertinente ejecutarlas individualmente, cada intervención sobre la construcción o infraestructura ya existente, otorgando trabajo a la gente de la zona fronteriza, puesto que los ciudadanos y comunidades no tienen acceso a servicios de comunicación como Internet y telefonía?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 225, 297 y 315.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 54 y 55 lits. d) y g).

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Arts. 1, 18, 24, 28, 50, 51, 62, 63 y Disp. Gen. Segunda; y, 22, 25, 27, 56, 57, 59 y 60 de su Reglamento.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Arts. 4, 70, 101, 115, 158 y 178.

Res. N° 043, R.O. N° 188 de 07-05-2010 Arts. 4, 6 y 7.

A. M. N° 204 40-07-2010, Clasificador Presupuestario de Ingresos y Gastos del Sector Público num. 7.5.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. En la comunicación de consulta se expone que el cantón Taisha es fronterizo, y es el único cantón de la provincia de Morona Santiago que no cuenta con vías de acceso terrestre, siendo el transporte aéreo el único medio de ingreso al mismo y a las comunidades, a un costo muy elevado.

Añade que debido a la situación geográfica y aspectos de plurinacionalidad, es difícil el acceso a las comunidades que conforman las cinco parroquias de ese cantón, cuatro rurales y una urbana, debido a que son muy dispersas en la selva; y, que el 95% de la población del cantón pertenece a las nacionalidades Shuar y Achuar, y tiene poca oportunidad de trabajo.

La consulta no refiere ningún antecedente concreto y cita, entre otras disposiciones, los artículos 54 y 55 letras d) y g) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que confieren a los gobiernos autónomos municipales competencia para promover el desarrollo de su circunscripción territorial cantonal; prestar los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, actividades de saneamiento ambiental; y, para planificar, construir y mantener la infraestructura física y los equipamientos de salud y educación, así como los espacios públicos

destinados al desarrollo social, cultural y deportivo. Cita además el artículo 60 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que regula las contrataciones de ínfima cuantía.

Por su parte, el informe de la Procuradora Síndica Municipal, remitido en atención a nuestro requerimiento, contenido en oficio No. 99-DJ-GMCT-2010 de 8 de noviembre de 2010, enviado como anexo al oficio 212-ALC-GMCT-2011 de 1 de febrero de 2011, cita también el artículo 60 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que regula las contrataciones de ínfima cuantía, así como el artículo 4 de la Resolución del INCOP No. 043-10, que prevé que se podrá contratar a través del mecanismo de ínfima cuantía la ejecución de obras que tengan por objeto única y exclusivamente la reparación, refacción, remodelación o mejora de una construcción o infraestructura ya existente.

Sobre dicha base, concluye el informe jurídico que: “En obras cuyo monto no supere el límite de ínfima cuantía se puede contratar mediante este procedimiento, tan solo las intervenciones dirigidas a la reparación, refacción, remodelación, adecuación o mejora de una construcción o infraestructura ya existentes. Este procedimiento no se puede aplicar para obras nuevas”. Agrega el informe que “En el caso de que en una determinada construcción existente, se requiera realizar varias intervenciones, los respectivos montos deberán ser sumados y en función del valor resultante se aplicará el procedimiento establecido en la Ley”. El artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, incluye en su ámbito de aplicación a los contratos para la ejecución de obras y el Título III de esa Ley, regula los procedimientos aplicables para la selección del contratista.

De conformidad con los artículos 16 y 18 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para intervenir como oferente y contratar, individualmente o en asociación, se requiere constar en el Registro Único de Proveedores (RUP) que administra el INCOP. Para el caso de las contrataciones de menor cuantía, el citado artículo 18 de la Ley prevé, que “Por excepción, los oferentes que intervengan en procesos de menor cuantía podrán no estar inscritos en el RUP; pero, deberán inscribirse en el RUP previa a la suscripción de sus respectivos contratos”.

El artículo 60 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, regula las contrataciones de ínfima cuantía en los siguientes términos:

“Art. 60.- Contrataciones de ínfima cuantía: Las contrataciones para la ejecución de obras, adquisición de bienes o prestación de servicios, cuya cuantía sea igual o menor a multiplicar el coeficiente 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado se las realizará de forma directa con un proveedor seleccionado por la entidad contratante sin que sea necesario que éste conste inscrito en el RUP. Dichas contrataciones se formalizarán con la entrega de la correspondiente factura y serán autorizadas por el responsable del área encargada de los asuntos administrativos de la entidad contratante, quien bajo su responsabilidad verificará que el proveedor no se encuentre incurso en ninguna inhabilidad o prohibición para celebrar contratos con el Estado.

Estas contrataciones no podrán emplearse como medio de elusión de los procedimientos.

El INCOP, mediante las correspondientes resoluciones, determinará la casuística de uso de la ínfima cuantía.

El INCOP podrá requerir, en cualquier tiempo, información sobre contratos de ínfima cuantía, la misma que será remitida en un término máximo de diez días de producida la solicitud. Si se llegara a detectar una infracción a lo dispuesto en el inciso precedente o un mal uso de esta contratación, el INCOP remitirá un informe a los organismos de control para que inicien las actuaciones pertinentes.

El artículo 25 del mismo Reglamento, dispone que hasta el 15 de enero de cada año, la máxima autoridad de cada entidad contratante o su delegado, aprobará y publicará el Plan Anual de Contratación (PAC), el mismo que contendrá las obras, bienes o servicios incluidos los de consultoría que se contratarán durante ese año, en función de sus respectivas metas institucionales y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley, que establece la obligación de las entidades contratantes de formular el Plan Anual de Contratación con el presupuesto correspondiente, de conformidad a la planificación plurianual de la institución, asociados al plan nacional de desarrollo y a los presupuestos del Estado.

La parte final del segundo inciso del citado artículo 25 del Reglamento, dispone que: “Salvo las contrataciones de ínfima cuantía o aquellas que respondan a situaciones de emergencia, todas las demás deberán estar incluidas en el PAC inicial o reformulado”.

De las normas hasta aquí citadas se desprende que, el procedimiento de contratación de ínfima cuantía, es aplicable para la ejecución de obras, que es el tema que motiva su consulta, siempre que la cuantía de la contratación, sea igual o menor a multiplicar el coeficiente 0,0000002 por el Presupuesto General del Estado, que para el año 2011 equivale a USD 4790. El artículo 18 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prevé como excepción, para este tipo de procedimiento, que la entidad puede seleccionar a un proveedor que no conste inscrito en el RUP, pero que deberá inscribirse en forma previa a la celebración del contrato, según lo prevé el artículo 18 de la Ley y el artículo 25 del Reglamento, exonera la inclusión de las contrataciones de ínfima cuantía, en el plan anual de contrataciones de la respectiva entidad.

Sobre la base del artículo 60 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que confiere al INCOP competencia para determinar la casuística del uso del procedimiento de ínfima cuantía, ese Instituto expidió la Resolución No. 43, que regula la casuística de uso del procedimiento de ínfima cuantía. Para el caso de obras, el artículo 4 de la citada Resolución prevé:

”Art. 4.- Obras.- Se podrá contratar a través del mecanismo de ínfima cuantía la ejecución de obra que tenga por objeto única y exclusivamente la reparación, refacción, remodelación, adecuación o mejora de una construcción o infraestructura ya existente.

Para estos casos, no podrá considerarse en forma individual cada intervención, sino que la cuantía se calculará en función de todas las actividades que deban realizarse en el ejercicio económico sobre la construcción o infraestructura existente.

En este caso, se preferirá la contratación con los beneficiarios de programas de promoción de empleo de carácter nacional”.

De la norma transcrita se desprende que, el procedimiento de contratación de ínfima cuantía, si bien es aplicable para la ejecución de obras, no lo es respecto de

los contratos que tengan por objeto la ejecución de obras nuevas, sino solamente de aquellos que se refieran a reparaciones, refacciones, remodelaciones, adecuaciones o mejoras de construcciones o infraestructuras ya existentes.

El artículo 6 de la citada Resolución No. 043 del INCOP dispone que las contrataciones realizadas en cada mes a través del mecanismo de ínfima cuantía, deberán ser publicadas de manera consolidada, mediante la herramienta “Publicación Especial” del portal www.compraspublicas.gob.ec, dentro de los primeros cinco días hábiles del mes posterior al de las contrataciones reportadas.

En atención a la primera parte de su consulta, se concluye que el Gobierno Municipal del Cantón Taisha no puede contratar la construcción de obras como baterías sanitarias, caminos ecológicos para las comunidades fronterizas, si se trata de obras nuevas, mediante el procedimiento de ínfima cuantía, pues de conformidad con el artículo 4 de la Resolución No. 043 del INCOP, dicho procedimiento es aplicable únicamente respecto de infraestructuras ya existentes, en cuyo caso el objeto del contrato debe ser la reparación, refacción, remodelación, adecuación o mejora de una construcción o infraestructura ya existente. En consecuencia, esa Municipalidad deberá aplicar, según la cuantía de la obra que requiera ejecutar, los procedimientos de cotización o menor cuantía, regulados por los artículos 50 y 51 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con los artículos 56, 57 y 59 de su Reglamento General de aplicación.

Con respecto a la procedencia de agrupar todas las obras que esa Municipalidad requiera ejecutar, incluidas las de ínfima cuantía, en una partida presupuestaria global, es pertinente considerar que como antes se analizó, las entidades contratantes deben formular el Plan Anual de Contrataciones, de conformidad con los artículos 22 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 25 de su Reglamento General; y, que solamente las contrataciones de ínfima cuantía o aquellas que respondan a situaciones de emergencia pueden estar excluidas de dicho Plan.

De conformidad con los artículos 24 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 27 de su Reglamento General, previamente a la convocatoria de un procedimiento de contratación, las entidades deben certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de las contrataciones que

constan en el Plan Anual de Contrataciones, certificación que debe incluir la información relacionada con las partidas presupuestarias o los fondos a los que se aplicará el gasto.

Por su parte, el artículo 4 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, incluye en su ámbito de aplicación a todas las entidades del sector público y en su artículo 97 que regula la fase de programación presupuestaria, determina que es la fase en la que en base de los objetivos determinados por la planificación y las disponibilidades presupuestarias coherentes con el escenario fiscal esperado, se definen los programas, proyectos y actividades a incorporar en el presupuesto, con la identificación de las metas, los recursos necesarios, los impactos o resultados esperados de su entrega a la sociedad y los plazos para su ejecución. La misma norma prevé en su inciso final que las entidades sujetas al presente Código, efectuarán la programación de sus presupuestos en concordancia con lo previsto en el Plan Nacional de Desarrollo, las directrices presupuestarias y la planificación institucional.

El artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, prevé que ninguna entidad u organismo público podrá contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria y el artículo 178 *ibídem*, también se refiere a la obligación de contar con la certificación presupuestaria correspondiente para contraer compromisos, celebrar contratos y autorizar o contraer obligaciones, so pena de que los funcionarios que no cuenten con dicha certificación de manera previa a la adquisición de compromisos presupuestarios, serán destituidos del puesto y serán responsables personal y pecuniariamente.

De las normas citadas se desprende que si bien las contrataciones de ínfima cuantía pueden no estar incluidas en el Plan Anual de Contrataciones según el artículo 25 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no es menos cierto que en la fase de programación del presupuesto institucional, regulada por el artículo 97 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, la entidad debe incluir todas las actividades y los recursos necesarios para ejecutarlas y el artículo 115 *ibídem*, prohíbe contraer compromisos, celebrar contratos, autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria.

De lo dicho se desprende que inclusive en los casos en que se requieran celebrar contratos de ínfima cuantía, la obligación de contar con recursos en el presupuesto institucional y de contar con la certificación presupuestaria en forma previa a contraer compromisos y celebrar contratos es obligatoria, de conformidad con el artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

El artículo 70 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, dispone que el Sistema Nacional de Finanzas Públicas, SINFIPI, comprende el conjunto de normas, políticas, instrumentos, procesos, actividades, registros y operaciones que las entidades y organismos del Sector Público, deben realizar con el objeto de gestionar en forma programada los ingresos, gastos y financiamiento públicos, con sujeción al Plan Nacional de Desarrollo y a las políticas públicas establecidas en esta Ley; y, que todos las entidades, instituciones y organismos comprendidos en los artículos 225, 297 y 315 de la Constitución de la República se sujetarán al Sistema Nacional de Finanzas Públicas, sin perjuicio de la facultad de gestión autónoma de orden administrativo, económico, financiero, presupuestario y organizativo que la Constitución y las leyes establecen para determinadas entidades.

Por su parte, el artículo 101 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, determina que en la formulación de las proformas presupuestarias del sector público, incluidas las de las empresas públicas, gobiernos autónomos descentralizados, banca pública y seguridad social, se observarán obligatoriamente las normas técnicas, directrices, clasificadores y catálogos emitidos por el SINFIPI; a la vez que el artículo 158 *ibidem*, dispone que el ente rector de las finanzas públicas (el Ministerio de Finanzas por mandato del artículo 71 del mismo Código Orgánico) tiene la facultad privativa de expedir, actualizar y difundir los principios, normas técnicas, manuales, procedimientos, instructivos y más disposiciones contables, que serán de cumplimiento obligatorio por parte de las entidades y organismos del Sector Público no financiero.

El Ministerio de Finanzas, mediante Acuerdo Ministerial No. 204 de 30 de julio de 2010, expidió el vigente Clasificador Presupuestario de Ingresos y Gastos del Sector Público y el Catálogo General de Cuentas. El Clasificador Presupuestario en mención, en el numeral 7.5. consta la clasificación: "Obras Públicas", que "comprenden los gastos para las construcciones públicas de beneficio local, regional o nacional contratadas con terceras personas. Se incluyen las reparaciones y adecuaciones de tipo estructural" y dentro de esta categoría, en el numeral 7.5.01 comprende a las obras de infraestructura que son gastos

para obras civiles e industriales, que permitan la satisfacción de los servicios básicos urbanos o rurales. Esta última clasificación, a su vez se desglosa de acuerdo al tipo de obras en otras subclasificaciones, entre las que consta en el numeral 7.5.01.05 “Obras Públicas de Transporte y Vías” que corresponde a asignaciones destinadas a contratar la construcción de obras viales que faciliten y complementen las operaciones de transporte; y, en el numeral 7.5.01.99 consta la categoría “Otras Obras de Infraestructura” que agrupa a las asignaciones destinadas a la construcción de otras obras públicas no clasificadas en los ítems del Clasificador Presupuestario materia de análisis.

Por lo expuesto, con fundamento en el Clasificador Presupuestario de Ingresos y Gastos del Sector Público, numeral 7.5. que se refiere a la clasificación “Obras Públicas”, que “comprenden los gastos para las construcciones públicas de beneficio local, regional o nacional contratadas con terceras personas. Se incluyen las reparaciones y adecuaciones de tipo estructural”, se concluye que en cuanto tiene relación con la posibilidad de agrupar todas las obras que esa Municipalidad requiera ejecutar, incluidas las de ínfima cuantía, en una partida presupuestaria global, aquello es procedente de conformidad con el artículo 97 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que dispone que en la fase de programación del presupuesto institucional, la entidad debe definir todas las actividades y determinar los recursos necesarios para cubrir sus obligaciones.

En consecuencia, si bien las contrataciones de ínfima cuantía no requieren ser incluidas en el Plan Anual de Contrataciones, según el artículo 25 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el presupuesto institucional deberá obligatoriamente constar una partida destinada a cubrir las obligaciones provenientes de dichas contrataciones, de conformidad con el citado artículo 97 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, las mismas que pueden agruparse conforme el numeral 7.5 del Clasificador Presupuestario de Ingresos y Gastos del Sector Público, bajo el ítem “Obras Públicas”.

2. El informe de la señora Procuradora Síndica Municipal, contenido en oficio No. 99-DJ-GMCT-2010 de 8 de noviembre de 2010, concluye sobre esta consulta que: “En el presupuesto anual del Municipio, las reparaciones, refacciones, remodelaciones, adecuaciones o mejora de las construcciones o infraestructuras ya existentes, pueden ser globalizadas en una sola partida y los contratos para ejecutar estas obras pueden ser intervenidas de manera total, o individual

por cada una de ellas. Del monto resultante de la intervención dependerá el procedimiento a aplicarse”.

La Disposición General Segunda de la citada Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prohíbe la subdivisión de cuantías en las contrataciones, en los siguientes términos:

“El objeto de la contratación o la ejecución de un proyecto no podrán ser subdivididos en cuantías menores con el fin de eludir los procedimientos establecidos en esta Ley.

Para establecer si existe subdivisión, se deberá analizar si se atenta a la planificación institucional.

Si de la subdivisión de la contratación se determina un perjuicio al Fisco, la Contraloría General del Estado removerá del cargo a los funcionarios o empleados que tomaron tal decisión, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar”.

Por otro lado, según el artículo 28 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el uso de las herramientas informáticas que esa ley establece, es obligatorio; y, además, ya no es aplicable la exoneración del uso del portal que previó inicialmente la Disposición Transitoria Sexta de esa ley, pues su inciso final establece que “A partir del segundo año de vigencia, ningún procedimiento estará exento del cumplimiento de las normas de la presente Ley y su Reglamento”.

Toda vez que en el texto de su consulta, se alude a la Resolución No. 043 del INCOP, entendemos que su pregunta está relacionada con la aplicación del procedimiento de ínfima cuantía, cuya casuística fue regulada por el INCOP en dicha Resolución.

El artículo 6 de la citada Resolución No. 043 del INCOP, que se transcribió al atender su primera consulta, dispone que las contrataciones realizadas en cada mes a través del mecanismo de ínfima cuantía, deberán ser publicadas de manera consolidada, mediante la herramienta “Publicación Especial” del portal www.compraspublicas.gov.ec (actualmente el dominio es gob.ec), dentro de los primeros cinco días hábiles del mes posterior al de las contrataciones reportadas.

Una vez agrupada y calculada la cuantía de todas las inversiones que la Municipalidad requiera efectuar en obras, en una sola partida presupuestaria, acorde con lo señalado al atender su primera consulta, la ejecución de cada obra puede ser objeto de un procedimiento individual, si aquello ha sido así estructurado en la planificación institucional, pues lo contrario implicaría subdivisión, lo que está prohibido por la Disposición General Segunda de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Por lo tanto, en el caso específico de las contrataciones de ínfima cuantía para obras, una vez agrupadas todas las intervenciones que deban efectuarse sobre una infraestructura ya existente, conforme el segundo inciso del artículo 4 de la Resolución No. 043 del INCOP, que dispone que no podrá considerarse en forma individual cada intervención, sino que la cuantía se calculará en función de todas las actividades que deban realizarse en el ejercicio económico sobre la construcción y siempre que el total de las mismas, una vez agrupadas, represente una cuantía igual o menor a multiplicar el coeficiente 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado, conforme lo previsto en el artículo 60 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, citado al absolver su primera consulta, se concluye que es posible ejecutar individualmente cada intervención sobre la construcción o infraestructura ya existente.

Finalmente, en cuanto tiene relación con la participación como contratistas en procedimientos de ínfima cuantía, de los ciudadanos y comunidades de la región fronteriza, con el fin de otorgarles trabajo, aquello es procedente, siempre que se trate de personas con capacidad civil para contratar y que no incurran en ninguna de las inhabilidades generales o especiales establecidas en los artículos 62 y 63 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La Municipalidad como entidad contratante deberá observar el artículo 7 de la Resolución No. 043 del INCOP que dispone: “Siempre que sea posible, se exhorta a las entidades contratantes a que cuenten con al menos tres proformas previamente a definir el proveedor con quien se realizará la contratación por ínfima cuantía.”

En forma adicional, la Municipalidad y los contratistas, están obligados a observar la disposición del artículo 18 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que si bien prevé como excepción, para los procedimientos

de menor cuantía y por tanto para los de ínfima cuantía también, que la entidad pueda seleccionar a un proveedor que no conste inscrito en el RUP, tal inscripción se deberá efectuar en el RUP en forma previa a la celebración del contrato.

OF. PGE. N°: 01882. de 19-05-2011

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS: REAJUSTE DE PRECIOS

ENTIDAD CONSULTANTE: GOBIERNO PROVINCIAL DE SANTO DOMINGO DE LOS TSÁCHILAS

CONSULTA:

“¿Puede el Gobierno Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas reconocer reajuste de precios en los términos que solicita La Contratista, dentro el (sic) contrato de la Seguridad y Vigilancia suscrito con la Compañía MARIPROBI CÍA. LTDA., en virtud de la fijación del Salario Mínimo Sectorial dictado por el Señor Ministro de Relaciones Laborales, mediante acuerdo ministerial No. 00255, de fecha 24 de diciembre del 2010, tomando en cuenta que la puja hacia la baja respecto a las ofertas económicas se realizó a través del portal de compras públicas con fecha 27 de diciembre del año 2010?”.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Art. 82; y, 126 y 140 de su Reglamento.

Código del Trabajo Art. 119, 122 y 124.

Código Civil Art. 6.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva Art. 215 lit. b).

Reglamento del Consejo Nacional de Salarios Arts. 2 lit. c) y 215 lit. b)

A. M. Nos. 00249, 00255 de 23 y 24 de diciembre de 2010.

PRONUNCIAMIENTO:

El informe del Procurador Síndico, contenido en oficio No. GPSDT-PS-011-2011 de 3 de marzo de 2011, que se ha acompañado a la consulta expone que para la contratación de los servicios de seguridad y vigilancia, esa entidad observó el procedimiento de subasta inversa electrónica, en el que con fecha 27 de diciembre de 2010, se dio lugar la puja hacia la baja; y, en la misma fecha,

mediante Resolución No. GPSDT-JCP-2010-226, el señor Prefecto adjudicó a la oferta más baja, presentada por MARIPROBI CIA. LTDA. Copia certificada de la Resolución se ha remitido a este Despacho.

Agrega que el contrato No. 008-UCP-GPSDT-2011, fue suscrito el 17 de enero de 2011, por el Gobierno Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas con la empresa MARIPROBI CIA. LTDA; que su precio es de USD 93.599,00, que fue el valor ofertado por dicha empresa en la puja; y, que según la cláusula décima del contrato, su valor es fijo y no está sujeto a reajuste salvo el caso de alza salarial.

El citado informe jurídico añade que, de conformidad con los pliegos de la subasta inversa electrónica, la oferta económica debía cubrir el valor total de la provisión del servicio de seguridad y vigilancia para la entidad contratante, con inclusión de tasas, contribuciones y absolutamente todo lo requerido para entregar, a plena satisfacción de la entidad, el servicio contratado. Agrega que mediante Acuerdos Ministeriales Nos. 00249 y 00255 de 23 y 24 de diciembre de 2010, respectivamente, se fijó el salario básico mensual unificado para el año 2011, para el trabajador en general; y, el salario mínimo sectorial que percibirán los trabajadores privados amparados por el Código del Trabajo.

Sobre dicha base, concluye el informe jurídico que de conformidad con el contrato, el reajuste de precios procede únicamente si con fecha posterior a la firma del contrato, se produjeran variaciones en la remuneración básica unificada, pero que tomando en consideración que el salario básico mensual unificado y el salario mínimo sectorial para el año 2011 se estableció con anterioridad a la prestación de las ofertas económicas, realización de la puja y firma del contrato No. 008-UCP-GPSDT-2011, del proceso de Seguridad y Vigilancia, “ES ABSOLUTAMENTE IMPROCEDENTE EL REAJUSTE DE PRECIOS” en los términos que solicita la contratista, recomendando al administrador del contrato, proceda a hacerlo cumplir en los términos estipulados en él.

De la copia certificada del contrato de servicios No. 008-UCP-GPSDT-2011, suscrito el 17 de enero de 2011, entre el Gobierno Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas y la Compañía MARIPROBI Cía. Ltda., consta que de conformidad con la cláusula segunda del contrato, forman parte integrante de él, entre otros documentos, los pliegos y la oferta presentada por el contratista.

El objeto del contrato, según su cláusula cuarta, fue la prestación del servicio de seguridad y vigilancia privada, "... para el área administrativa donde funciona el Gobierno Provincial, con un puesto de vigilancia de 24 horas los 365 días del año; en el campamento del Gobierno Provincial, con tres Puestos de vigilancia las 24 horas del día, los 365 días del año y un medio puesto de vigilancia de 12 horas en las noches de 7pm-7am, los 365 días del año; en los terrenos del Gobierno Provincial – Área Educativa Kasama, con dos Puestos de vigilancia las 24 horas del día los 365 días del año. La seguridad la realizará el Contratista cumpliendo con la totalidad de las especificaciones técnicas, en el lugar que consta en las especificaciones de los pliegos y conforme a la propuesta presentada por el contratista".

El precio del contrato, según su cláusula quinta es de USD 93.599,00 más IVA; la misma cláusula prevé que: "5.02. Los precios acordados en el contrato por los bienes (sic) especificados, constituirán la única compensación al CONTRATISTA por todos sus costos...". La cláusula sexta, numeral 6.01.01, estipula que los pagos se realizarán en forma mensual, previa la presentación de la factura correspondiente. El plazo para la prestación del servicio, según la cláusula octava del contrato, es de un año calendario, contado a partir del 1 de enero del 2011, hasta el 31 de diciembre del mismo año.

La cláusula Décima, estipula: "REAJUSTE DE PRECIOS.- 10.01.- El valor de este contrato es fijo y no estará sujeto a reajuste por ningún concepto. Excepto en caso que en el año de ejecución del contrato por decreto ejecutivo, mandato constitucional se produzca alza salarial o modificaciones al Código del Trabajo, referente a la remuneración básica unificada. Así mismo, cuando la Entidad solicite aumento o disminución de los puestos de vigilancia en las dependencias, conforme a las necesidades, para lo cual se aplicarán los valores unitarios mensuales establecidos en la oferta, sin que el contratista tenga derecho a ningún tipo de reclamo. Todos los puestos de vigilancia inclusive los que se contraten con posterioridad, se sujetarán al plazo y costo unitario del puesto establecido en el contrato principal".

De la cláusula transcrita se desprende que el reajuste de precios fue estipulado por las partes en la cláusula décima del contrato, como excepción, para dos eventos: incrementos de la remuneración básica unificada, que se produzcan durante el año de ejecución del contrato; y, para el caso de aumento o disminución de los puestos de vigilancia, que requiera la entidad contratante; en los dos casos, la

citada cláusula décima del contrato prevé que las partes aplicarán “los valores unitarios mensuales establecidos en la oferta”.

El artículo 82 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, regula el reajuste en los siguientes términos:

“Art. 82.- Sistema de Reajuste.- Los contratos de ejecución de obras, adquisición de bienes o de prestación de servicios, a que se refiere esta Ley, cuya forma de pago corresponda al sistema de precios unitarios, se sujetarán al sistema de reajuste de precios de conformidad con lo previsto en el Reglamento a esta Ley. Serán también reajustables los contratos de consultoría que se suscribieran bajo cualquier modalidad”.

En concordancia, los artículos 126 y 140 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prevén la aplicación del sistema de reajuste para los contratos “cuya forma de pago corresponda al sistema de precios unitarios”; y, para los contratos de prestación de servicios que no sean de consultoría y cuya forma de pago corresponda al sistema de precios unitarios, el artículo 140 de ese Reglamento prevé que, “se estipularán la fórmula o fórmulas de reajuste de precios, sobre la base de los componentes del servicio, las mismas que serán elaboradas por la propia entidad, siguiendo igual procedimiento que para el contrato de ejecución de obra.”

De las normas transcritas se desprende que el sistema de reajuste está previsto para los contratos de prestación de servicios, sujetos al ámbito de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, siempre que la forma de pago corresponda al sistema de precios unitarios.

En la especie, según se expuso en los antecedentes de este pronunciamiento, las partes pactaron reajuste de precios, en la cláusula décima del contrato, para el evento de incremento de la remuneración básica unificada, que se produzca durante el año de ejecución del contrato. Pero, no consta en el contrato que se hubiere adoptado como forma de pago el sistema de precios unitarios, ni se ha incluido fórmula de reajuste, conforme lo disponen los artículos 82 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 126 y 140 de su Reglamento, pues por el contrario, las partes estipularon precio fijo en la cláusula quinta del contrato, a ser pagado en forma mensual, según la cláusula sexta.

Toda vez que el reajuste de precios es el mecanismo establecido por la ley para asegurar el equilibrio económico del contrato, es pertinente considerar que los pliegos que determinan las reglas a las que se sujeta el procedimiento de selección del contratista, forman parte integrante del contrato. En el caso específico materia de consulta, así lo dispone la letra a) del numeral 2.01 de la cláusula segunda del contrato.

Los modelos de pliegos para subasta inversa electrónica, aprobados por el INCOP en Resolución No. 044-2010 de 15 de junio de 2010, que constan en el portal de ese Instituto, en la sección IV “CONDICIONES ESPECÍFICAS, numeral 4.4. Precio de la Oferta, para el caso de prestación de servicios, prevén que:

“El precio de la oferta deberá cubrir todas las actividades y costos necesarios para que el oferente preste los servicios objeto de la contratación en cumplimiento de las especificaciones correspondientes técnicas y a plena satisfacción de la entidad contratante.

Los precios presentados por el oferente son de su exclusiva responsabilidad. Cualquier omisión se interpretará como voluntaria y tendiente a conseguir precios que le permitan presentar una oferta más ventajosa”.

En el numeral 5 del modelo de carta de presentación y compromiso de los pliegos, consta que: “5. Al presentar esta oferta, considera todos los costos obligatorios que debe y deberá asumir en la ejecución contractual, especialmente aquellos relacionados con obligaciones sociales, laborales, de seguridad social, ambientales y tributarias vigentes”.

De conformidad con los modelos de pliegos, el oferente debió considerar todos los costos, y entre ellos los provenientes de las obligaciones laborales y de la seguridad social que correspondan. Tanto el modelo de contrato aprobado por el INCOP, en la cláusula décimo segunda, como el contrato específico materia de consulta en su cláusula décimo sexta, prevé que “Todo el personal que empleare el contratista para la ejecución de este contrato, será de su cuenta en su calidad de patrono y empleador... asumiendo el contratista todas las obligaciones derivadas del Código de Trabajo, Ley de Seguridad Social y más leyes conexas y complementarias”.

En comunicaciones de 20 de enero de 2011 (esto es tres días después de la suscripción del contrato) y 17 de febrero de 2011, dirigidas al Prefecto del

Gobierno de la Provincial de Santo Domingo de los Tsháchilas, el Gerente General de la contratista, MARIPROBI CIA. LTDA, ha solicitado reajuste de precios “en un porcentaje del 20,56%”, considerando “que el nuevo salario básico sectorial para un guardia de seguridad es de USD 276,28 incrementando el salario en 36,28 dólares, un valor que rompe con todas las proyecciones calculadas, y que dificulta el cumplimiento de la oferta presentada”. En la comunicación de 17 de febrero de 2011, agrega el representante legal de la contratista, que el incremento se produce también respecto al décimo tercero, décimo cuarto, vacaciones y fondos de reserva. Copias certificadas de las referidas comunicaciones, se han acompañado a la consulta.

Los Acuerdos del Ministerio de Relaciones Laborales, a los que alude el informe del señor Procurador Síndico y que constituyen el fundamento del pedido de reajuste de precios formulado por la empresa contratista, son los Acuerdos Nos. 249 y 255, que fijaron el salario básico unificado para el trabajador en general y los salarios mínimos sectoriales para el año 2011, que corresponde al periodo de ejecución del contrato materia de consulta, según la cláusula octava del contrato.

Según consta en el texto de los referidos Acuerdos Ministeriales, fueron expedidos el 23 y 24 de diciembre de 2010 y publicados en el Suplemento del Registro Oficial No. 358 de 8 de enero de 2011. En los dos casos, la Disposición Final establece que dichos Acuerdos entrarán en vigencia “a partir del 1 de enero del 2011, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial”.

El artículo 119 del Código del Trabajo, confiere al Consejo Nacional de Salarios competencia para asesorar al Ministro de Trabajo y Empleo, actual Ministro de Relaciones Laborales, en el señalamiento de las remuneraciones para el sector privado; el artículo 122 *ibídem*, prevé el funcionamiento de comisiones sectoriales de fijación y revisión de sueldos, salarios básicos y remuneraciones básicas mínimas unificadas, a las que corresponde proponer al Consejo Nacional de Salarios CONADES, la fijación y revisión de sueldos, salarios básicos y remuneraciones básicas mínimas unificadas de los trabajadores del sector privado que laboren en las distintas ramas de actividad.

El artículo 124 del Código del Trabajo, dispone que la fijación de sueldos y salarios que fueren establecidas de conformidad con las disposiciones de este párrafo, serán aprobadas mediante acuerdo ministerial.

La letra c) del artículo 2 del Reglamento del Consejo Nacional de Salarios, establece como obligación de ese Consejo, “c) Fijar anualmente los sueldos, salarios y tarifas que propongan las comisiones sectoriales sujetas al Código del Trabajo para los distintos sectores o ramas de trabajo, las que regirán a partir del 1 de enero del año siguiente...”.

De conformidad con la letra b) del artículo 215 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, el Registro Oficial tiene como atribución principal, la de publicar: “b) Los actos normativos expedido por los órganos y entidades de las funciones Legislativa, Ejecutiva o Judicial, el Tribunal Supremo Electoral, incluyendo los respectivos reglamentos orgánicos - funcionales o aquellos que sin tener la calidad reglamentaria deben ser conocidos por la nación entera en virtud de su importancia política o por mandato expreso de una ley”.

El artículo 6 del Código Civil establece la presunción de conocimiento de la ley, aplicable también respecto de los demás actos normativos de aplicación general; dicho artículo dispone:

“Art. 6.- La ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial y por ende será obligatoria y se entenderá conocida de todos desde entonces.

Podrá sin embargo, en la misma ley, designarse un plazo especial para su vigencia a partir de su promulgación”.

De las normas citadas se desprende que la fijación de las remuneraciones de los trabajadores del sector privado compete aprobar al Ministro de Relaciones Laborales, mediante Acuerdo Ministerial según el artículo 124 del Código del Trabajo, que debe ser publicado en el Registro Oficial según la letra b) del artículo 215 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, pero en todos los casos la determinación de las remuneraciones para los trabajadores debe regir a partir del 1 de enero del año siguiente, de conformidad con la letra c) del artículo 2 del Reglamento del Consejo Nacional de Salarios.

En consecuencia, todo empleador, incluidos los contratistas respecto de su personal, conocen que a partir del 1 de enero de cada año, empezarán a regir las nuevas remuneraciones para los trabajadores, determinadas por el Ministerio de Relaciones Laborales, en la forma establecida por los artículos 119 y 124 del Código del Trabajo y el artículo 2 del Reglamento del Consejo Nacional de

Salarios, cuyo conocimiento además se presume de conformidad con el artículo 6 del Código Civil.

El oferente está obligado a considerar e incluir en el precio que oferte, todos los costos necesarios para la prestación del servicio objeto de la contratación, especialmente aquellos relacionados con obligaciones laborales y de la seguridad social, según el numeral 5 del modelo de carta de presentación y compromiso de los pliegos. Dicha determinación del precio de su oferta, se hace bajo exclusiva responsabilidad del oferente, considerándose que cualquier omisión se interpretará como voluntaria y tendiente a conseguir precios que le permitan presentar una oferta más ventajosa, según lo prevé el numeral 4.4. de la Sección IV que establece las condiciones específicas, en los modelos de pliegos aprobados por el INCOP para la subasta inversa electrónica.

Del análisis jurídico que precede se determina que el reajuste de precios en un contrato de prestación de servicios, procede únicamente cuando en el contrato se hubiere estipulado tal reajuste, siempre que además la forma de pago corresponda a precios unitarios, de conformidad con los artículos 82 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 126 y 140 de su Reglamento y se hubieren producido variaciones en dichos precios unitarios, con posterioridad a la adjudicación y celebración del contrato, de las que no se hubiere tenido conocimiento antes, y que en consecuencia no hubieren podido ser previstas al momento de presentación de las ofertas y de realización de la puja, pues el oferente está obligado a considerar todos los costos que la ejecución de contrato fuera a producir, de manera que cualquier omisión al respecto se considerará como voluntaria y tendiente a conseguir precios que le permitan presentar una oferta más ventajosa, según lo prevé el numeral 4.4. de la Sección IV de las condiciones específicas, en los modelos de pliegos aprobados por el INCOP para la subasta inversa electrónica.

En atención a los términos de su consulta se concluye que la remuneración de los trabajadores en general, aplicable para el año 2011, fue determinada por el Ministerio de Relaciones Laborales mediante Acuerdo Ministerial No. 00255, de fecha 24 de diciembre del 2010, esto es antes de la realización de la puja, que tuvo lugar el 27 de diciembre de ese año, y por tanto debió ser considerado por los oferentes por ser un costo directamente relacionado con la prestación del servicio de vigilancia objeto del contrato. En consecuencia, en el caso específico del contrato que motiva su consulta, no se cumplen los requisitos para el reajuste

de precios establecidos en la cláusula décima del contrato, y los artículos 82 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 126 y 140 de su Reglamento, sin que por tanto proceda su reconocimiento durante la vigencia del contrato.

OF. PGE. N°: 01522, de 26-04-2011

**CONTRATOS: RECEPCIÓN DE OBRAS DIFERENTES A LAS
CONTRACTUALES, DEVOLUCIÓN DE GARANTÍAS,
PAGO DE PLANILLAS, LIQUIDACIÓN Y CONVENIO DE PAGO**

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DEL DEPORTE

CONSULTAS:

1. “¿Se pueden recibir las obras construidas con especificaciones, plazo y presupuesto diferentes a los contractuales?”.
2. “¿Corresponde ejecutar, mantener vigentes o devolver las garantías contractuales rendidas por la firma contratista?”.
3. “¿Procede tramitar el pago de la planilla ingresada y los valores pendientes que pudieren establecerse sobre la base de un presupuesto reprogramado, a través de la suscripción de un Convenio de Pago?”.
4. “¿Con la liquidación de las obligaciones pendientes con la empresa RAPETI S.A., procede la ejecución de los trabajos materia del proyecto “Construcción de la segunda planta alta del edificio de la Liga de Pujilí” que cuenta con la respectiva priorización de la SENPLADES?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 66 num. 17.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Arts. 76, 115, 116, 117 num. 2.
LOAFYC Art. 57 (derogada)

Ley de Contratación Pública Arts. 14, 15, 64, 71, 76, 79, 105 y Disp. Gen. Segunda (derogada); y, 83 num. 3, 117 de su Reglamento (derogado).

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva Arts. 85 lit. a), 94 lit. c).

PRONUNCIAMIENTOS:

1. Según se expuso en los antecedentes de este pronunciamiento, las modificaciones al objeto del contrato No. 054-DJ-2007, suscrito entre el Ministerio del Deporte y la Compañía RAPETI S.A., fueron autorizadas por el Director de Infraestructura del Ministerio de Deportes, en oficio No. 4066/MINISTERIO DEL DEPORTE/DM-1/2007 de 7 de diciembre de 2007, sobre la base del pedido del Presidente de la Liga Cantonal de Pujilí, contenido en oficio No. 592-LDCP-2007 de 26 de noviembre de 2007, dirigido al Ministro, haciéndole llegar el proyecto alternativo de construcción de la Segunda Etapa a realizarse en el Complejo del Barrio “Tres de Mayo”. Dichas modificaciones están referidas no solo al lugar de ejecución de la obra sino a su diseño y al presupuesto que ha debido ser reprogramado.

En el informe jurídico contenido en el memorando No. MD-CGAJ-2010-0231-M de 12 de julio de 2010, se expone que el contrato materia de consulta se sujeta a la derogada Ley de Contratación Pública, vigente al tiempo de su celebración; y, se considera que no tiene validez jurídica la autorización para reprogramar el presupuesto, nuevo plazo y cambio de lugar de implantación del proyecto, contenida en oficio No. 4066/MINISTERIO DEL DEPORTE/DM-1/2007 de 7 de diciembre de 2007, suscrito por los entonces Director de Infraestructura del Ministerio del Deporte y Asesor de Infraestructura, dirigido al Fiscalizador, manifestando que no ha existido delegación a dichos funcionarios por parte del entonces Ministro.

El informe invoca el artículo 94 letra c) del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, y sobre su base considera que la autorización de la referencia contiene un vicio que impide su convalidación; agrega que: “no se constata la existencia de instrumentos contractuales que hayan modificado o reformado el objeto ni tampoco el plazo del contrato”, sugiere terminar el contrato No. 054-DJ-2007 por mutuo acuerdo de las partes o por terminación unilateral si se determina incumplimiento del contratista.

El vicio de incompetencia al que alude el informe jurídico, por provenir la autorización del inicio de obras del Director de Infraestructura, sin que hubiere obrado delegación del Ministro del Deporte, es una incompetencia convalidable, por estar referida al grado, pues la letra a) del artículo 94 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que cita el informe jurídico prevé que: “No son susceptibles de convalidación alguna y en consecuencia

se considerarán como nulos de pleno derecho: a) Aquellos actos dictados por órgano incompetente por razones de materia territorio o tiempo”, sin incluir al grado, que es también un criterio de distribución de la competencia, según la letra a) del artículo 85 del mismo Estatuto.

El artículo 95 del mismo Estatuto prevé que todos los demás vicios, distintos de los señalados en el artículo anterior, “podrán ser convalidados”; y agrega: “Si el vicio es de incompetencia por el grado, el acto viciado será convalidado por la autoridad jerárquica superior y si el vicio consistiere en la falta de alguna autorización, podrá ser convalidado mediante el otorgamiento de la misma por el órgano o autoridad competente”.

El mismo informe concluye que: “no se constata la existencia de instrumentos contractuales que hayan modificado o reformado el objeto, ni tampoco el plazo del contrato..., o que existan contratos complementarios”.

La derogada Ley de Contratación Pública, aplicable al contrato materia de consulta atenta su fecha de suscripción, disponía en su artículo 96, que: “En el caso de que fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra determinada debido a causas imprevistas o técnicas presentadas con su ejecución, el Estado o la entidad contratante podrá celebrar con el mismo contratista, sin licitación ni concursos, pero con el informe previo favorable del Contralor General del Estado, contratos complementarios que requiera la atención de las modificaciones antedichas, siempre que se mantengan los precios unitarios del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del respectivo contrato complementario...”.

En el caso materia de consulta, no ha existido ampliación o modificación de la obra, sino cambio del objeto de la contratación, proveniente de la falta de estudios y diseños completos de la obra originalmente contratada, con lo cual se incumplió lo dispuesto por el Art. 14 de la derogada Ley de Contratación Pública, que imponía al Ministerio del Deporte la obligación de contar, como requisito previo a la contratación, con los estudios, diseños, incluidos planos y cálculos, especificaciones generales y especificaciones técnicas, debidamente concluidos, recibidos, previa fiscalización, por la entidad contratante, y aprobados por ella, con la programación total, los presupuestos y demás documentos necesarios, según la naturaleza del proyecto.

El cambio del objeto de la contratación, hace que sea imposible ejecutar el contrato en los términos inicialmente contratados, lo que de conformidad con el artículo 103 de la derogada Codificación de la Ley de Contratación Pública constituye causal para la terminación por mutuo acuerdo del contrato, atenta la imposibilidad técnica de ejecutar la obra en la forma en que fue contratada, por lo que el Ministerio del Deporte podría suscribir con la compañía contratista, RAPETI S.A., un convenio de terminación por mutuo acuerdo del contrato No. 054-DJ-2007.

Para efectos de la liquidación de las obligaciones pendientes entre las partes, se deberá tomar en consideración lo dispuesto por el inciso final del artículo 103 de la Ley *Ibidem*, que disponía lo siguiente: “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”.

Conforme lo establecía el artículo 117 del derogado Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, que en su primera parte preveía lo siguiente: “Art. 117.- En toda terminación de contrato deberán efectuarse las recepciones correspondientes y la liquidación de aquél, en la forma dispuesta por este reglamento...”, al tratarse de una terminación anticipada por mutuo acuerdo del contrato, de existir conformidad con las obras construidas, procederá también la entrega recepción de los trabajos ejecutados por la compañía contratista y su liquidación final, bajo exclusiva responsabilidad de los funcionarios de esa Cartera de Estado.

Sin perjuicio de lo señalado, y de la responsabilidad de los funcionarios del Ministerio del Deporte que intervinieron en las fases precontractual, contractual y de ejecución del contrato, la misma que deberá ser establecida por la Contraloría General del Estado, de los antecedentes referidos por el Ministerio del Deporte se desprende que la Secretaría de Estado a su cargo ha autorizado en forma expresa, a través del Director de Infraestructura, el inicio de las obras realmente ejecutadas por la compañía contratista, y sobre la base de dicha autorización dichas obras se han pagado parcialmente, quedando pendiente únicamente el trámite de la segunda planilla que ha sido objetada por la Dirección Financiera de esa entidad, hecho que será analizado al atender la tercera consulta.

2. Sobre esta consulta el informe jurídico cita el artículo 76 de la derogada Ley de Contratación Pública, que establecía la obligación de los contratistas de mantener vigentes las garantías según la naturaleza y términos del contrato; luego analiza la Cláusula Octava del contrato que prevé la devolución de la garantía de fiel cumplimiento del contrato una vez firmada el Acta de Entrega Recepción Definitiva, de conformidad con el artículo 79 de la misma Ley.

En la especie, según la Cláusula Octava del contrato, el contratista otorgó garantía de fiel cumplimiento del objeto contratado, garantía por la debida ejecución de la obra y garantía de buen uso del anticipo entregado, y se comprometió a renovarlas durante la vigencia del contrato, según la letra d) de la misma Cláusula Octava.

La ejecución de la garantía de fiel cumplimiento del contrato procede en el caso de terminación unilateral del contrato, según el artículo 105 de la derogada Ley de Contratación Pública. En el presente caso, de resolverse la terminación por mutuo acuerdo del contrato no cabe la ejecución de dicha garantía, por cuanto la terminación del contrato deriva del acuerdo de las partes contratantes.

En cuanto se refiere a la garantía de buen uso del anticipo, el Ministerio a su cargo deberá asegurarse previamente, en la liquidación económica final que practique por concepto de los trabajos que han sido efectivamente ejecutados, que los valores que entregó por tal concepto han sido devengados en su totalidad y, de haber valores no amortizados en obra, procederá, en primer término, a descontarlos de cualquier pago pendiente que tenga respecto de la obra efectivamente ejecutada, y si no alcanzaren dichos valores para efectuar el descuento requerido procederá a ejecutar la garantía de buen uso del anticipo, en la parte no devengada, conforme lo prevé el mismo inciso tercero del artículo 105 de la derogada Ley de Contratación Pública, antes citado, en concordancia con el artículo 83, numeral 3, del también derogado Reglamento General de la Ley de Contratación Pública. Sobre esta materia es pertinente considerar que el segundo inciso del artículo 76 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas dispone que: “Los anticipos correspondientes a la contratación pública no pierden su calidad de recursos públicos, hasta el momento de ser devengados”.

Finalmente, en lo referente a la garantía por la debida ejecución de los trabajos, ésta se mantendrá también vigente hasta que se suscriba el Acta de Entrega Recepción y Liquidación Final del contrato, por cuanto conforme lo establecía el artículo 71 de la derogada Ley de Contratación Pública, tenía como finalidad asegurar la debida ejecución de la obra y la buena calidad de los materiales

utilizados en la misma, y sirve para asegurar las eventuales reparaciones o cambios de aquellas partes de la obra en que se descubran defectos de construcción, mala calidad o incumplimiento de las especificaciones, imputables al contratista.

En el Acta de Entrega Recepción y Liquidación Final del contrato, que debe suscribirse conforme al artículo 117 del derogado Reglamento de aplicación de la Ley de Contratación Pública, se dejará constancia de la liquidación y devolución de las garantías otorgadas por el contratista.

3. Según se refirió en los antecedentes de este pronunciamiento, mediante memorando No. CGAID-2010-0109 de 17 de mayo de 2010, dirigido a la Ministra del Deporte, el Coordinador General de Administración de Instalaciones Deportivas, en el numeral 8 informa que el 18 de enero de 2008, “el Fiscalizador autoriza al contratista el inicio de la obra, la que se ejecuta hasta julio del mismo año. Se realiza el pago de la primera planilla de avance de obra (US\$ 40.103,01 dólares de los Estados Unidos de América) con base a un presupuesto reprogramado de US\$71.820,71 DÓLARES y la planilla de costo +% por US\$ 1.090,40 dólares de los Estados Unidos de América”.

El informe jurídico, al referirse al pago de los trabajos ejecutados, expone lo siguiente: “Conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 57 de Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, la obligación se genera y produce afectación presupuestaria definitiva cuando se reciben de terceros obras, bienes o servicios adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido, haya habido o no compromiso previo. Por último, ha sido criterio reiterado de la Procuraduría General del Estado que las instituciones públicas no pueden beneficiarse o enriquecerse con servicios recibidos de terceros y no cancelados, lo que ocurriría en este caso si no se pagan los valores correspondientes a dicha planilla y a las obras realizadas por el contratista.” Sobre esta conclusión del informe jurídico, conviene precisar que el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas derogó la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, por lo cual no procede aplicar el artículo 57 de la referida ley derogada.

El artículo 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, dispone:

Art. 117.- Obligaciones.- La obligación se genera y produce afectación presupuestaria definitiva en los siguientes casos:

...2. Cuando se reciban de terceros obras, bienes o servicios adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido, haya habido o no compromiso previo.

El registro de obligaciones deberá ser justificado para el numeral 1 y además comprobado para el numeral 2 con los documentos auténticos respectivos. Para estos efectos, se entenderá por documentos justificativos, los que determinan un compromiso presupuestario y, por documentos comprobatorios, los que demuestren la entrega de las obras, los bienes o servicios contratados”.

La previsión legal citada recoge el principio constitucional establecido en el numeral 17 del artículo 66 de la Constitución de la República, que reconoce y garantiza a las personas: “17. El derecho a la libertad de trabajo...”; y, aclara que “...Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso...”, y persigue que el Estado no se enriquezca o beneficie indebidamente con el trabajo de los particulares, como sucede en el caso en análisis en que la compañía RAPETI S.A. ha ejecutado obras que deben ser reconocidos económicamente, pese a que no cuentan con un sustento contractual, pero provienen de una orden de inicio de obras impartida por el Director de Infraestructura de ese Ministerio, que constituye el acto administrativo válido al que se refiere el artículo 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

El mismo Código Orgánico de Planificación y Finanzas, en sus artículos 115 y 116, dispone lo siguiente:

“Art. 115.- Certificación Presupuestaria.- Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria”.

“Art. 116.- Establecimiento de Compromisos.- Los créditos presupuestarios quedarán comprometidos en el momento en que la autoridad competente, mediante acto administrativo expreso, decida la realización de los gastos, con o sin contraprestación cumplida o por cumplir y siempre que exista la respectiva certificación presupuestaria. En ningún caso se adquirirán compromisos para una finalidad distinta a la prevista en el respectivo presupuesto. El compromiso subsistirá hasta que las obras se realicen, los bienes se entreguen o los servicios se presten....”.

En materia de contratación, el artículo 15 de la derogada Ley de Contratación Pública disponía que: “El ministerio o la entidad respectiva, previamente a la convocatoria, deberá contar con el certificado del Ministerio de Economía y Finanzas o del Director Financiero, Tesorero o Pagador, según corresponda, que acredite que existe o existirán recursos suficientes y disponibilidad de fondos...”.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que al amparo de lo dispuesto en los artículos 115, 116 y 117 numeral 2 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, cabría la suscripción de un convenio de pago para reconocer los valores correspondientes a la obra ejecutada, por existir constancia escrita de la autorización del Ministerio del Deporte para que se inicien las obras, siempre que exista conformidad de esa entidad con la obra construida y disponibilidad presupuestaria. Lo manifestado, sin perjuicio de las responsabilidades de los funcionarios y servidores de la entidad contratante, así como de la empresa contratista, que deberá determinar la Contraloría General del Estado, por las omisiones en que han incurrido.

El mecanismo que adopte el Ministerio de Deporte para el pago de la obra ejecutada es de exclusiva responsabilidad de esa Secretaría de Estado, dejándose expresa constancia que el presente pronunciamiento no constituye orden ni autorización de pago.

Es pertinente advertir que el convenio de pago es una figura que se aplica por excepción, cuando por circunstancias ajenas a la voluntad o decisión de las autoridades competentes de la entidad, debidamente justificadas, no hubiere sido posible celebrar un contrato observando todas las formalidades previas, por lo que en lo posterior, el Ministerio de Deporte deberá adoptar las medidas pertinentes y observar los procedimientos previos, a fin de evitar a futuro, que se ejecuten obras o en general se asuman obligaciones, sin el correspondiente respaldo contractual.

Corresponde a la Auditoría Interna del Ministerio de Deporte y a la Contraloría General del Estado ejercer el control correspondiente de los procedimientos adoptados con respecto al tema que motiva la consulta que se absuelve con el presente pronunciamiento.

4. En la última comunicación del Ministerio, contenida en el oficio No. MD-CGAJ-2010-0060-O de 15 de noviembre de 2010, se informa que la obra a la que se

refiere la consulta “corresponde a la primera planta del edificio; y, que la segunda planta corresponde a un proyecto distinto”.

Según se expuso en los antecedentes de este pronunciamiento, en oficio No. SENPLADES-SIP-2010-47 de 3 de agosto de 2010, se expone que esa Secretaría emitió el informe de prioridad del proyecto “Construcción de la Segunda Planta Alta del Edificio de la Liga Cantonal de Pujilí”, con fecha 30 de mayo de 2007; y, que con posterioridad, mediante oficio SENPLADES-Z3-19 de 12 de febrero de 2010, ha emitido dictamen favorable a la modificación presupuestaria solicitada por el Ministerio del Deporte, que ha incorporado el proyecto al programa “Planificación, Ejecución y Terminación de proyectos de infraestructura Deportiva”.

En el mismo oficio la SENPLADES ha aclarado que esa Entidad “emite los informes de prioridad y/o modificaciones presupuestarias que permitan a los Ministerios Rectores ejecutar sus programas y proyectos, siendo responsabilidad exclusiva de los órganos ejecutores llevar adelante los procesos precontractuales de selección de los contratistas y monitorear la ejecución de las obras principales”. En la especie, según consta en memorando No. 873/GID/2007 de 11 de octubre de 2007, al que se hizo también referencia en los antecedentes de este oficio, la Dirección de Infraestructura del Ministerio del Deporte informó al entonces titular de esa Cartera de Estado, sobre “una serie de inconsistencias en el proyecto” de carácter técnico que impidieron la ejecución de la obra en la forma en que fue contratada.

Al efecto, es pertinente que el Ministerio considere la prohibición de subdividir contratos, que constaba en el artículo 64 de la derogada Ley de Contratación Pública, y que consta también en la Disposición General Segunda de la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que rige en la actualidad, y que debe ser observada por el Ministerio de Deporte para la conclusión del proyecto. Dicha Disposición determina:

“SEGUNDA.- PROHIBICIONES.-

El objeto de la contratación o la ejecución de un proyecto no podrán ser subdivididos en cuantías menores con el fin de eludir los procedimientos establecidos en esta Ley.

Para establecer si existe subdivisión, se deberá analizar si se atenta a la planificación institucional.

Si de la subdivisión de la contratación se determina un perjuicio al Fisco, la Contraloría General del Estado removerá del cargo a los funcionarios o empleados que tomaren tal decisión, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar.

Se entenderá que no existe la antedicha subdivisión cuando, al planificar la ejecución del proyecto o revisar tal planificación, se hubiere previsto, dos o más etapas específicas y diferenciadas, siempre que la ejecución de cada una de ellas tenga funcionalidad y se encuentre coordinada con las restantes, de modo tal que garantice la unidad del proyecto”.

Sobre dicha base, recibida la obra a conformidad del Ministerio de Deporte y liquidados los trabajos correspondientes, esa Cartera de Estado podrá efectuar la contratación de la obra que requiere para concluir el proyecto, observando los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que rige en la actualidad, siempre que además cuente con disponibilidad presupuestaria al efecto y conste incluido en su plan anual de contrataciones.

Sin perjuicio de todo lo anterior, considerando los antecedentes de la consulta, es conveniente que se requiera a la Contraloría General del Estado el inicio de un examen especial de auditoría de todo el proyecto en sus diferentes etapas, incluyendo las de contratación, liquidación y pago de las obras que motivan el presente pronunciamiento.

OF. PGE. N°: 00569, de 22-02-2011

CONTRATOS: TERMINACIÓN DEL CONVENIO POR MUTUO ACUERDO

ENTIDAD CONSULTANTE: EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE GUARANDA, EMAPA-G

CONSULTAS:

1. “¿Si es procedente aplicar el capítulo noveno, que se refiere a la terminación de los contratos de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, al Convenio antes señalado?”.

2. “¿En el caso que no se pueda aplicar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, al Convenio celebrado entre la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Ibarra y la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Guaranda, por incumplimiento de la primera de las señaladas, ¿Qué procedimientos debemos seguir y bajo qué marco jurídico?”.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Arts. 2, 19, 92, 93, 94 y 95.

Código Civil Art. 7 regla 18.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. El objeto del convenio materia de consulta, según su cláusula segunda fue “la implementación del software desarrollado por la EMAPA-I, en la EMAPA-G”. La cláusula tercera prevé como obligaciones de la EMAPA-I suministrar, instalar y lograr la adecuada operatividad del software y brindar la asistencia post instalación.

La regla 18 del artículo 7 del Código Civil prevé: “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”. Por tanto, atenta la fecha de suscripción del convenio materia de consulta, 20 de agosto de 2008, le son aplicables las normas vigentes a esa época, contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Es pertinente considerar además que de conformidad con el numeral 8 del artículo 2 de la citada Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, los contratos que celebren entidades del sector público entre sí, se someten al régimen especial regulado en el Reglamento General a esa ley.

El primer Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, actualmente derogado pero vigente al tiempo de suscripción del Convenio, fue publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 399 de 8 de agosto de 2008; el inciso segundo de su artículo 2 disponía:

Art. 2.- Régimen Especial.-

Para estos procesos no se requiere el cumplimiento de los requisitos señalados en la Ley tales como el registro único de proveedores RUP, estudios de desagregación tecnológica, compras de inclusión, porcentajes de participación

local, formatos de documentos precontractuales, publicación en el portal, entre otros. Será la máxima autoridad de la entidad contratante la que determine los requisitos que se deberá cumplir en dichos procesos...”.

El Capítulo IX de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, regula la terminación de los contratos y el artículo 92 de esa Ley prevé que la terminación procede entre otros casos: “2. Por mutuo acuerdo de las partes;...4. Por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista”.

Con respecto a la terminación por mutuo acuerdo, el artículo 93 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone que la terminación por mutuo acuerdo procede: “Cuando por circunstancias imprevistas, 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”; y, agrega que la terminación por mutuo acuerdo no implicará renuncia a derechos causados o adquiridos en favor de la Entidad Contratante o del contratista.

Por su parte, el artículo 94 *ibídem*, establece las causas por las que la Entidad Contratante podrá declarar terminados anticipada y unilateralmente los contratos a que se refiere esa Ley; dichas causas son:

- “1. Por incumplimiento del contratista;
2. Por quiebra o insolvencia del contratista;
3. Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato;
4. Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta (60) días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito;
5. Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta Ley;
6. En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza; y,
7. La Entidad Contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato. En este caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido.

En este último caso, el contratista tiene la obligación de devolver el monto del anticipo no amortizado en el término de treinta (30) días de haberse notificado la terminación unilateral del contrato en la que constará la liquidación del anticipo, y en caso de no hacerlo en el término señalado, la entidad procederá a la ejecución de la garantía de Buen Uso del Anticipo por el monto no devengado. El no pago de la liquidación en el término señalado, dará lugar al pago de intereses desde la fecha de notificación; intereses que se imputará a la garantía de fiel cumplimiento del contrato”.

El artículo 95 de la misma Ley, determina el procedimiento aplicable en forma previa a resolver la terminación unilateral, disponiendo que ésta dará derecho a la Entidad Contratante a establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios, su liquidación financiera y contable, a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y, si fuere del caso, en la parte que corresponda, la garantía por el anticipo, así como a demandar la indemnización de los daños y perjuicios, a que haya lugar.

De la copia del convenio materia de consulta que se ha remitido en atención a nuestro requerimiento, consta que en la cláusula novena, las partes han estipulado únicamente la terminación por mutuo acuerdo: “En caso de que mediaren circunstancias de orden técnico, jurídico, económico, causas de fuerza mayor o caso fortuito, que imposibiliten la ejecución de este convenio...”.

El adendum al que se hizo referencia en los antecedentes de este pronunciamiento, suscrito entre la EMAPA-I y la EMAPA-G el 5 de noviembre de 2009, tuvo por objeto, según sus cláusulas segunda y cuarta, incrementar los requerimientos de la EMAPA-G y el valor a pagar a la EMAPA-I, en USD \$2.500, respectivamente; así como ampliar el plazo para la ejecución y terminación del convenio hasta el 11 de diciembre de 2009, según su cláusula tercera.

La cláusula quinta del adendum estipula que: “Los comparecientes acuerdan que en todo lo que no se oponga al presente adendum, se mantiene en vigencia las estipulaciones contractuales expresadas en el Convenio No. 133-AJ...”.

De las cláusulas del convenio inicialmente suscrito entre EMAPA-I y EMAPA-G (No. 133 AJ), así como de su adendum, se desprende que las partes, que son dos instituciones del sector público, en cuanto se refiere a la terminación de dicho convenio, estipularon únicamente terminación por mutuo acuerdo; sin embargo,

es pertinente considerar que en aplicación de la regla 18 del artículo 7 del Código Civil, “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”.

A la fecha en que fue suscrito el convenio materia de consulta, 20 de agosto de 2008, se encontraba vigente la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, promulgada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008. El artículo 92 de la citada Ley, establece que los contratos sujetos a su ámbito de aplicación, terminan por las siguientes causas:

1. Por cumplimiento de las obligaciones contractuales;
2. Por mutuo acuerdo de las partes;
3. Por sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución del mismo a pedido del contratista;
4. Por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista; y,
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.

En la letra a) de su oficio No. 029 GER de 31 de enero de 2011, suscrito por el Gerente General de la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Guaranda, en cuanto se refiere al plazo de ejecución del convenio, expone que: “no se cumplió por parte de la EMAPA-I”.

El incumplimiento del contratista, es causa de terminación unilateral del contrato de conformidad con el numeral 1 del artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sujeto al procedimiento previo regulado por el artículo 95 *ibidem*, cuyos tres últimos incisos establecen los efectos jurídicos de la terminación unilateral, en los siguientes términos:

“...La declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la Entidad Contratante a establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios, su liquidación financiera y contable, a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y, si fuere del caso, en la parte que corresponda, la garantía por el anticipo entregado debidamente reajustados hasta la fecha de terminación del contrato, teniendo el contratista el plazo término de diez (10) días para realizar el pago respectivo. Si vencido el término señalado no efectúa el pago, deberá cancelar el valor de

la liquidación más los intereses fijados por el Directorio del Banco Central del Ecuador, los que se calcularán hasta la fecha efectiva del pago.

La Entidad Contratante también tendrá derecho a demandar la indemnización de los daños y perjuicios, a que haya lugar.

Una vez declarada la terminación unilateral, la Entidad Contratante podrá volver a contratar inmediatamente el objeto del contrato que fue terminado, para lo cual se observará el procedimiento de cotización previsto en el Capítulo IV del Título III de esta Ley”.

En concordancia, el numeral 1 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, incluye entre las causales de suspensión temporal del proveedor en el RUP: “1. Ser declarado contratista incumplido o adjudicatario fallido, durante el tiempo de cinco (5) años y tres (3) años, respectivamente, contados a partir de la notificación de la resolución de terminación unilateral del contrato o de la resolución con la que se declare adjudicatario fallido”.

De los antecedentes y normas citadas se desprende que de existir incumplimiento de obligaciones por parte de EMAPA-I, como contratista, la EMAPA-G como entidad contratante, podría iniciar el procedimiento previo establecido por el artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, tendiente a declarar la terminación unilateral del contrato, con los efectos jurídicos establecidos en la misma norma.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, para la terminación de los contratos suscritos entre entidades del sector público, corresponde aplicar las disposiciones de la ley vigente a la fecha de su celebración; en la especie, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que ya regía al tiempo en que fue suscrito en convenio materia de consulta, celebrado el 20 de agosto de 2008.

En idénticos términos se ha pronunciado la Procuraduría General del Estado en los casos de consultas similares, en los oficios Nos. 5334, 6008 y 8112, de 10 de diciembre de 2008, de 5 de febrero de 2009 y de 9 de julio de 2009, respectivamente, con respecto a la aplicación de la ley vigente a la fecha de celebración de los contratos.

Sin perjuicio de lo dicho, tratándose de un contrato en el que las dos partes integran el sector público y que, por tanto, están obligadas a actuar en forma coordinada conforme lo prescribe el artículo 226 de la Constitución de la República, se deberán agotar las gestiones tendientes a superar toda dificultad que se hubiere presentado en la etapa de ejecución del contrato, sin perjuicio que, de ser pertinente, se pueda tomar la decisión de terminar el contrato por mutuo acuerdo, y solo de no ser aquello posible, recurrir a la terminación unilateral. En idénticos términos se ha pronunciado este Organismo en un caso similar, en oficio No. 10502 de 19 de noviembre de 2009.

La decisión de terminación del contrato, sea por mutuo acuerdo o por la vía de la terminación unilateral, es de responsabilidad exclusiva de la entidad contratante.

2. Al atender su primera consulta se ha concluido que para la terminación del convenio de implementación de software que han celebrado EMAPA-G y EMAPA-I, son aplicables las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, vigente al tiempo de celebración de dicho convenio.

Lo manifestado determina que el marco jurídico y procedimiento aplicables para la terminación del convenio materia de consulta, están establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que ha sido citado al atender su primera consulta.

En consecuencia, no es pertinente absolver su segunda consulta.

OF. PGE. N°: 01040, de 23-03-2011

CONTRATOS DE SERVICIOS OCASIONALES CONTÍNUOS DE MÚSICOS: NOMBRAMIENTOS

ENTIDAD CONSULTANTE: ORQUESTA SINFÓNICA DE LOJA

CONSULTAS:

1. “¿Los músicos que mantienen contratos de servicios ocasionales, por más de cuatro años en la Orquesta Sinfónica de Loja, pero no en forma continua e ininterrumpida, están amparados en lo que dispone el inciso primero de la Disposición Transitoria Séptima de la LOSEP?”.

2. “¿Se debe contabilizar los cuatro años de servicios en la Orquesta Sinfónica de Loja, con fecha de corte al 31 de diciembre de 2010, o solamente se contabilizará, dichos cuatro años, al 6 de octubre de 2010, fecha en la cual fue promulgada en el Registro Oficial la Ley Orgánica del Servicio Público?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 229.

Ley Orgánica de Servicio Público Arts. 4, 58, Disp. Trans. Séptima y Disp. Fin. Primera.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Art. 115.

LOSCCA ARts. 64 (derogada); y, 20 de su Reglamento (derogado).

Ley N° 33.

Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Orquesta Sinfónica de Loja Art. 10 lit. a) num. 1) subnumeral 1.1., y 17.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. La Ley No. 33 de 8 de octubre de 1997, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 183 de 29 de octubre de ese año, en el Art. 4 expresa que la Junta Directiva de la Orquesta Sinfónica de Loja estará integrada por el Ministro de Educación y Cultura o su delegado, quien la presidirá; por el Director del Conservatorio Nacional de Música; por el Presidente de la Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos (SAYCE), Núcleo de Loja; por el Presidente de la Casa de la Cultura, Núcleo de Loja; y, por el Decano de la Facultad de Artes de la Universidad Nacional de Loja.

El Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Orquesta Sinfónica de Loja, publicado en el Registro Oficial No. 361 de 17 de junio de 2008, en el Art. 10 letra a), numeral 1), subnumeral 1.1. señala que la Junta Directiva es la máxima autoridad de la entidad; y, está integrada entre otros por: El Ministro de Educación y Cultura o su delegado quien lo presidirá; representación que corresponde actualmente al Ministro de Cultura, conforme al Decreto Ejecutivo No. 159 de 6 de marzo de 2007.

El Estatuto ibídem en el Art. 10 letra a) numeral 17) entre las atribuciones y responsabilidades de la Junta Directiva le faculta aprobar la suscripción de nombramientos, contratos ocasionales o profesionales, fijando su escala de remuneraciones y que, de conformidad con el Art. 10 numeral 1.2 letra b) número 4 son suscritos por el Director Ejecutivo de la entidad.

De ahí que los contratos de servicios ocasionales de esa entidad son suscritos por el Director Ejecutivo, pero aprobados por la Junta Directiva que es la máxima autoridad de la Orquesta Sinfónica de Loja.

La Constitución de la República en el Art. 229 dispone que serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público- LOSCCA, que estuvo vigente hasta el 5 de octubre de 2010, y bajo cuyo régimen jurídico se celebraron y/o renovaron los Contratos de Servicios Ocasionales de los músicos de la Orquesta Sinfónica de Loja, en el Art. 64 determinaba que la suscripción de contratos de servicios ocasionales eran autorizados por la autoridad nominadora para satisfacer necesidades institucionales, previo el informe de la respectiva unidad de recursos humanos, siempre que existieran los recursos económicos para este fin y no implicara incremento a la masa salarial del presupuesto institucional aprobado.

En similares términos se refería el Art. 20 del Reglamento de la LOSCCA, vigente en lo que no se oponga a la Ley Orgánica del Servicio Público, que en el inciso segundo expresa que el plazo máximo de duración del contrato de servicios ocasionales será el correspondiente al tiempo restante del ejercicio fiscal en curso; que no podrá ser renovado durante el siguiente ejercicio fiscal, y no se sujetará al concurso de merecimientos y oposición.

Añade el inciso tercero del Art. 20 del Reglamento citado que, se exceptúan del plazo máximo previsto en el inciso anterior, aquellos que por la naturaleza del trabajo, determinada por el informe técnico favorable de la UARHs de cada institución, requiera un tiempo mayor al señalado sin que por esta circunstancia se entienda que es una actividad permanente que otorgue estabilidad al servidor; y, que la remuneración mensual unificada para este tipo de contratos será la fijada en la escala respectiva.

La Ley Orgánica del Servicio Público publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010, en el Art. 4 expresa que serán

servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo público, función o dignidad dentro del sector público; y, agrega que las trabajadoras y trabajadores del sector público estarán sujetos al Código del Trabajo.

La Ley Orgánica del Servicio Público en el Art. 58 manifiesta lo siguiente:

“Art. 58.- De los contratos de servicios ocasionales.- La suscripción de contratos de servicios ocasionales será autorizada por la autoridad nominadora, para satisfacer necesidades institucionales, previo el informe de la unidad de administración del talento humano, siempre que exista la partida presupuestaria y disponibilidad de los recursos económicos para este fin.

La contratación de personal ocasional no podrá sobrepasar el veinte por ciento de la totalidad del personal de la entidad contratante; en caso de que se supere dicho porcentaje deberá contarse con la autorización previa del Ministerio de Relaciones Laborales, estos contratos no podrán exceder de doce meses de duración o hasta que culmine el tiempo restante del ejercicio fiscal en curso. Se exceptúa de este porcentaje a aquellas instituciones u organismos de reciente creación que deban incorporar personal bajo esta modalidad, hasta que se realicen los correspondientes concursos de selección de méritos y oposición y en el caso de puestos que correspondan a proyectos de inversión o comprendidos en la escala del nivel jerárquico superior. Por su naturaleza, este tipo de contratos no generan estabilidad.

El personal que labora en el servicio público bajo esta modalidad, tendrá relación de dependencia y derecho a todos los beneficios económicos contemplados para el personal de nombramiento, con excepción de las indemnizaciones por supresión de puesto o partida o incentivos para la jubilación.

Las servidoras o servidores públicos sujetos a este tipo de contrato no ingresarán a la carrera del servicio público, mientras dure su contrato.

Para las y los servidores que tuvieran suscritos este tipo de contratos, no se concederá licencias y comisiones de servicios con o sin remuneración para estudios regulares o de postgrados dentro de la jornada de trabajo, ni para prestar servicios en otra institución del Sector Público.

Este tipo de contratos, por su naturaleza, de ninguna manera representará estabilidad laboral en el mismo, ni derecho adquirido para la emisión de un nombramiento permanente, pudiendo darse por terminado en cualquier momento, lo cual podrá constar en el texto de los respectivos contratos.

La remuneración mensual unificada para este tipo de contratos, será la fijada conforme a los valores y requisitos determinados para los puestos o grados establecidos en las Escalas de Remuneraciones fijadas por el Ministerio de Relaciones Laborales, el cual expedirá la normativa correspondiente.

El contrato de servicios ocasionales que no se sujete a los términos de esta Ley, será causal para la conclusión automática del mismo y originará en consecuencia la determinación de las responsabilidades administrativas, civiles o penales de conformidad con la ley.

En caso de necesidad institucional se podrá renovar por única vez el contrato de servicios ocasionales hasta por doce meses adicionales salvo el caso de puestos comprendidos en proyectos de inversión o en la escala del nivel jerárquico superior”.

El Art. 58 de la Ley Orgánica del Servicio Público, contempla la suscripción de contratos de servicios ocasionales autorizados por la autoridad nominadora para satisfacer necesidades institucionales, previo el informe de la unidad de administración del talento humano, siempre que exista la partida presupuestaria y disponibilidad de los recursos económicos para este fin; contratación de personal que no podrá sobrepasar del veinte por ciento de la totalidad del personal de la entidad contratante; y, que en caso de superar dicho porcentaje, se contará con la autorización del Ministerio de Relaciones Laborales; que no podrán exceder de doce meses de duración, o hasta que culmine el tiempo restante del ejercicio fiscal en curso.

Se indica además en el Art. 58 de la referida Ley Orgánica que, el personal que labora en el servicio público bajo esta modalidad tendrá relación de dependencia pero no ingresará a la carrera del servicio público mientras dure su contrato, que por su naturaleza, de ninguna manera representará estabilidad laboral en el mismo, ni derecho adquirido para la emisión de un nombramiento permanente, pudiendo darse por terminado en cualquier momento.

La Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica del Servicio Público, que es motivo de su consulta dispone lo siguiente:

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

Los demás servidores que laboran con contratos de servicios ocasionales vigentes a la presente fecha, podrán continuar prestando servicios; y, sus contratos se ajustarán a las disposiciones para los contratos ocasionales señalados en esta ley...”

Nótese que la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica del Servicio Público dispone que como excepción y por esta ocasión, las personas que a la presente fecha, es decir al 6 de octubre de 2010, en que entró en vigencia la Ley Orgánica del Servicio Público con su publicación en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294, que mantengan vigentes contratos de servicios ocasionales por más de cuatro años en la misma institución, a través de renovaciones o firma de nuevos contratos, previo el concurso de méritos y oposición, ingresarán directamente a la carrera del servicio público.

Téngase en cuenta que la expresión “por más de cuatro años en la misma institución, a través de renovaciones o firma de nuevos contratos” que consta en la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica citada, implicaría que los contratos de servicios ocasionales a los que alude dicha Disposición deben ser continuos e ininterrumpidos.

Cabe destacar que el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas en el Art. 115 expresa que ninguna entidad u organismo público podrá contraer

compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria.

Con los fundamentos jurídicos precedentes, y de conformidad con el inciso primero de la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica del Servicio Público, como excepción y por esta ocasión, los músicos de la Orquesta Sinfónica de Loja que a la fecha de promulgación de dicha Ley, es decir, al 6 de octubre de 2010, que entró en vigencia la Ley Orgánica del Servicio Público – LOSEP- que, como se indicó anteriormente, hayan mantenido vigentes contratos de servicios ocasionales continuos e ininterrumpidos, previo el concurso de méritos y oposición, ingresarán directamente a la carrera del servicio público, en el mismo nivel remunerativo que venían manteniendo, mediante la expedición del respectivo nombramiento permanente, siempre que no se trate de aquellos puestos excluidos de la carrera.

2. Como quedó señalado al absolver la primera consulta, la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica del Servicio Público, se refiere a las personas que a la fecha en que entró en vigencia dicha Ley, mantengan vigentes contratos de servicios ocasionales por más de cuatro años en la misma institución, a través de renovaciones o firma de nuevos contratos.

La Disposición Final Primera de la Ley Orgánica del Servicio Público, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010, expresa que las disposiciones de esta Ley, por tener el carácter de Orgánica, prevalecerán sobre las ordinarias que se 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.

Con los argumentos que sirvieron de fundamento para absolver la primera consulta y con el análisis jurídico que antecede, en atención a la segunda pregunta de su consulta, se deben contabilizar los años de servicios de los músicos de la Orquesta Sinfónica de Loja, en base a los contratos de servicios ocasionales que se hayan mantenido vigentes, a través de renovaciones o firma de nuevos contratos por más de cuatro años en forma continua e ininterrumpida, a la fecha de promulgación de la Ley Orgánica del Servicio Público, es decir al 6 de octubre de 2010.

OF. PGE. N°: 00603, de 23-02-2011

CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE MEJORAS: SUBSIDIOS, EXONERACIÓN A DISCAPACITADOS Y ADULTOS MAYORES

ENTIDAD CONSULTANTE: EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE SUCÚA

CONSULTAS:

1. “Es legal y procedente que la Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Sucúa, aplique los subsidios regulados en la “Ordenanza que regula el cobro de las contribuciones especiales de mejoras en la cabecera cantonal y cabeceras parroquiales del cantón Sucúa”, en particular el Título VIII, artículo 36 relacionado con las personas de la tercera edad (60%), personas con discapacidad (60%), las jefas de hogar que sean viudas, divorciadas o madres solteras (60%), y para el caso de contribuyentes que cumplan con dos o más condiciones establecidas en los literales que anteceden, el subsidio será del 80%, a los contribuyentes de la Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Sucúa, si consideramos que ésta funcionará como sociedad 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?”.
2. “En el caso de aplicarse subsidios es procedente aplicar un subsidio cruzado y cuáles son los porcentajes a aplicarse, como (sic) se financiaría institucionalmente el subsidio aplicado?”.
3. “Como debe aplicarse las exenciones en el régimen tributario a favor de las adultas y adultos mayores, como de las personas con discapacidad, es decir, debe entenderse la exención tributaria considerando impuestos, tasas y contribuciones especiales de mejoras en forma total, esto es, en el 100% y vía ordenanza o reglamento debe regularse o reglamentarse mediante rangos desde 0 a 100%? Si consideramos que los (Art. 37 Num. 5) “...El Estado garantizará a las personas adultas mayores los siguientes derechos: ... 5. Exenciones en el régimen Tributario; y (Art. 47, num. 4) “...Se reconoce a las personas con discapacidad, los derechos a: ... 4. Exenciones en el régimen tributario...” de la Constitución de la República del Ecuador?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 35, 37 num. 4 y 5 y 47.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts.

55 lit. e), 57, 168, 172, 492, 569, 575, 578 y 591.

Ley Orgánica de Régimen Municipal Arts. 16 num. 6, 63 nums. 16 y 24, 304 y 402 (derogada).

Ley Orgánica de Empresas Públicas Arts. 3, 6, 9 num. 4, 11 y 40.

Código Tributario Arts. 1 y 31.

Ley del Anciano Art. 14.

Ordenanza que Regula el Cobro de las Contribuciones Especiales de Mejoras en el Cantón Sucúa Arts. 1, 4, 5, 36 y 40.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. En el informe jurídico del señor Procurador Síndico Municipal se expone que el Título III de la Ordenanza que Regula el Cobro de las Contribuciones Especiales de Mejoras en el Cantón Sucúa, aprobada por la Municipalidad de ese Cantón, concretamente su artículo 36, establece subsidios en beneficio de las personas de la tercera edad, de los discapacitados y de las mujeres jefas de hogar.

El informe cita los artículos 3 y 11 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que establecen los principios de rentabilidad y eficiencia en la administración de las empresas públicas; y, el artículo 40 de la misma Ley que prevé subvenciones del Estado a las empresas públicas constituidas exclusivamente para brindar servicios públicos, en las que exista preeminencia en la búsqueda de la rentabilidad social.

Sobre dicha base, el informe jurídico concluye que: “No es legal ni procedente” que la EPMAPA-S aplique los subsidios establecidos en la Ordenanza que Regula el Cobro de las Contribuciones Especiales de Mejoras en el Cantón Sucúa, pues ello “significará desfinanciar su presupuesto anual”.

La Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Sucúa “EPMAPA-S” fue creada mediante Ordenanza, en aplicación de la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas que ordenó que las empresas estatales y municipales, entre otras, para seguir operando, debían adecuar su organización y funcionamiento a las normas de esa Ley.

El artículo 1 de la citada Ordenanza, dispone que la EPMAPA-S se crea “como una persona jurídica de derecho público, con patrimonio propio, dotada de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión, que opera

sobre bases comerciales y cuyo objetivo es la prestación de servicios públicos de agua potable y alcantarillado, sus servicios complementarios, conexos y afines que pudieren ser considerados de interés colectivo...”. El segundo inciso del mismo artículo prevé que la EPMAPA-S “orientará su acción con criterios de eficiencia, racionalidad y rentabilidad social...”.

El artículo 40 de la misma Ordenanza, prevé que son recursos de la empresa, entre otros, los ingresos corrientes que provinieren de las fuentes de financiamiento que se derivaren de su poder de imposición, de la prestación de servicios de agua potable y alcantarillado, otros servicios; contribuciones especiales de mejoras; rentas e ingresos de la actividad empresarial; así como transferencias constituidas por las asignaciones del I. Concejo Municipal, el gobierno central y otras instituciones públicas y privadas.

Entre la documentación que ha sido remitida adjunta a la consulta, consta copia de la Ordenanza que Regula el Cobro de las Contribuciones Especiales de Mejoras en la Cabecera Cantonal y Cabeceras Parroquiales del Cantón Sucúa, cuyo artículo 1 establece las obras públicas cuya construcción genera beneficio a las propiedades inmuebles, y constituye el hecho generador de la contribución especial de mejoras, materia de consulta.

Los artículos 4 y 5 de la misma Ordenanza prevén que son sujetos pasivos y están obligados al pago de la contribución, “los propietarios de inmuebles beneficiados, sean personas naturales o jurídicas, sin excepción alguna...”; y, sujeto activo de la contribución, la Municipalidad y sus empresas. La base imponible de la contribución, según el artículo 6 de la Ordenanza en análisis, “es igual al costo total de las obras, prorrateado entre las propiedades beneficiarias, en la forma y condiciones que establece la presente ordenanza y la Ley Orgánica de Régimen Municipal”.

El título VIII de la Ordenanza que Regula el Cobro de las Contribuciones Especiales de Mejoras en el Cantón Sucúa, bajo el título de “Aplicación de subsidios”, en su artículo 36, sobre el que versa la consulta, dispone:

“Art. 36.- De manera previa a la emisión de los títulos o hasta el plazo máximo de sesenta días posteriores a la fecha de emisión, los propietarios que se creyeren

beneficiarios de los subsidios sociales, presentarán ante la Dirección Financiera Municipal o de las empresas municipales, en su caso, la solicitud correspondiente con los siguientes documentos justificativos de su derecho:

- a) Las personas de la tercera edad, presentarán la copia de la cédula de ciudadanía, información sumaria de sus ingresos mensuales a la fecha de la solicitud, y se exonerará el 60% de la contribución, si sus ingresos mensuales y su patrimonio no exceda las remuneraciones básicas unificadas que establece el Art. 14 de la Ley del Anciano. Si la renta o patrimonio excede de las cantidades antes determinadas, no podrá ser acreedor de dicha exoneración.
- b) Las personas discapacitadas, presentarán el carné otorgado por el CONADIS, copia de la cédula de ciudadanía, información sumaria de sus ingresos mensuales a la fecha de la solicitud; y se exonerará el 60% de la contribución, si sus ingresos mensuales y su patrimonio no exceda las remuneraciones básicas que establece el Art. 14 de la Ley del Anciano. Si la renta o patrimonio excede las cantidades antes determinadas, no podrá ser acreedor de dicha exoneración; y,
- c) Las jefas de hogar que sean viudas, divorciadas o madres solteras, comprobarán tal condición con la cédula de ciudadanía y las partidas correspondientes del Registro Civil, además deberán presentar una información sumaria de sus ingresos mensuales a la fecha de la solicitud; y se exonerará el 60% de la contribución, si sus ingresos mensuales y su patrimonio no exceda las remuneraciones básicas que establece el Art. 14 de la Ley del Anciano. Si la renta o patrimonio excede las cantidades antes determinadas, no podrá ser acreedor de dicha exoneración.

Para el caso de contribuyentes que cumplan con dos o más condiciones establecidas en los literales que anteceden, el subsidio será del 80%.

Estos subsidios se mantendrán mientras no cambien las características del contribuyente, que motivaron el subsidio.

Si se comprobare que el beneficiario de este subsidio es propietario de más predios en otros cantones, se realizará el cobro total de la contribución de mejoras”.

La norma transcrita, establece subsidios sociales, consistentes en rebajas en la contribución especial de mejoras, en beneficio de los contribuyentes que en ella se señalan.

La Constitución de la República, en el Título II “DERECHOS”, Capítulo primero, en el artículo 11 que trata sobre los principios que deben regir los derechos consagrados en la Carta Constitucional, en el numeral 5 determina que: “En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia”.

En el mismo Título de la Constitución de la República en el Capítulo Tercero “Derechos de las Personas y grupos de atención prioritaria”, el artículo 35 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. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad”.

En el caso de los adultos mayores, esto es personas que hayan cumplido 65 años de edad, según el artículo 36 de la Constitución de la República, tienen derecho a rebajas en servicios públicos y exenciones en el régimen tributario, de conformidad con los numerales 4 y 5 del artículo 37 de la Constitución de la República y el artículo 1 de la Ley del Anciano. Igualmente reconocen los numerales 3 y 4 del artículo 47 de la Constitución, a las personas con discapacidad.

De lo expuesto, se colige que el artículo 35 de la Constitución de la República establece los grupos de atención prioritaria; y, que dentro de estos, de conformidad con los artículos 37 y 47 *ibídem*, tienen derecho a rebajas en los servicios públicos y exenciones en el régimen tributario, los adultos mayores y los discapacitados.

El estudio de la consulta, impone considerar que las contribuciones especiales o de mejoras son tributos, de conformidad con el artículo 1 del Código Tributario; y, toda vez que la Ordenanza materia de consulta ha sido aprobada y publicada antes de la promulgación del Código Orgánico de Organización Territorial,

Autonomía y Descentralización (COOTAD), el análisis debe considerar también las disposiciones de la legislación vigente al tiempo en que dicha Ordenanza se expidió, contenida en la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal.

La exención, está definida en 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.”; según el artículo 32 *ibídem*, la exención puede ser total o parcial, permanente o temporal.

La letra e) del artículo 55 del COOTAD, asigna como competencia exclusiva del gobierno autónomo descentralizado municipal, la de crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanzas, tasas, tarifas y contribuciones especiales de mejoras. Idéntica atribución confería a los Concejos Municipales, el segundo inciso del numeral 16 del artículo 63 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal.

En concordancia, los artículos 186 y 569 del COOTAD, confieren a los gobiernos municipales, atribución para 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, el uso de bienes o espacios públicos y en razón de las obras que ejecuten dentro del ámbito de sus competencias y circunscripción.

Con respecto al tema específico materia de su consulta, las contribuciones de mejoras, en el citado artículo 569 del COOTAD prevé que gravan el beneficio real o presuntivo “proporcionado a las propiedades inmuebles urbanas por la construcción de cualquier obra pública”. Similar previsión constaba en los numerales 16 y 24 del artículo 63, y en el artículo 396 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Entre las obras y servicios que generan el pago de contribución especial de mejoras, constan las obras de alcantarillado, según la letra d) del artículo 577 del vigente COOTAD.

El citado artículo 569 del COOTAD determina que: “Los concejos municipales o distritales podrán disminuir o exonerar el pago de la contribución especial de mejoras en consideración de la situación social y económica de los contribuyentes”. El numeral 6 del artículo 16 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal,

vigente al tiempo de expedición de la Ordenanza materia de consulta, confería potestad tributaria a las Municipalidades, y les autorizaba a establecer exenciones o rebajas de los tributos destinados al financiamiento de los organismos municipales.

El artículo 402 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal disponía que: “La base de este tributo será el costo de la obra respectiva, prorrateado entre las propiedades beneficiadas, en la forma y proporción que se establecen en esta Ley”; mientras que el artículo 578 del vigente COOTAD contiene idéntica previsión respecto de la base del tributo por la contribución especial de mejoras (que es el costo de la obra respectiva), pero dispone que dicho costo será prorrateado entre las propiedades beneficiadas “en la forma y proporción que se establezca en las respectivas ordenanzas”.

Finalmente, la letra z) de la Primera Disposición Derogatoria del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, deja sin efecto, todas las demás normas legales que sean contrarias al Código en mención.

Sobre la base de similar análisis, este Organismo ya se ha pronunciado en el sentido de que los Concejos Municipales, mediante Ordenanza, sí pueden disminuir el pago por concepto de contribuciones especiales de mejoras, en consideración a la situación social y económica de los contribuyentes, según lo prevé en forma expresa el artículo 569 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, disminución que debe enmarcarse en la normativa aplicable al caso.

Sin perjuicio de lo anterior, es responsabilidad del Gobierno Municipal, determinar los grupos que en consideración a su situación económica o social se beneficien de la disminución o exoneración de las contribuciones especiales de mejoras en su cantón, así como la determinación de los porcentajes de disminución aplicables a cada caso, tomando en cuenta los grupo de atención prioritaria señalados en la Constitución de la República.

2. Sobre la base del artículo 40 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que prevé la creación de empresas públicas para la prestación de servicios públicos, en las que prime la búsqueda de rentabilidad social, el informe jurídico del señor Procurador Síndico Municipal concluye que: “No es legal no (sic) procedente que la Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Sucúa

aplique subsidios peor cruzado por la simple fundamentación jurídica de que la Ley Orgánica de Empresas Públicas no faculta conceder subsidios, por no ser objeto de dicha empresa la búsqueda de la rentabilidad social”.

El artículo 40 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que ha sido citado en el informe jurídico, dispone:

“Art. 40.- RENTABILIDAD SOCIAL Y SUBSIDIOS.- Sin perjuicio de lo señalado en el artículo anterior, se reconoce la existencia de empresas públicas constituidas exclusivamente para brindar servicios públicos, en las cuales haya una preeminencia en la búsqueda de rentabilidad social, a favor de las cuales el Estado podrá constituir subvenciones y aportes estatales que garanticen la continuidad del servicio público. Las subvenciones y aportes se destinarán preferentemente para la expansión de los servicios públicos en las zonas en las que exista déficit de los mismos o para los sectores de atención social prioritaria. Los planes anuales de operación deberán considerar los programas de expansión a los que se refiere este artículo.

El antepenúltimo inciso del artículo 36 de la Ordenanza materia de consulta, que fue transcrito al atender su consulta anterior, prevé que para el caso de contribuyentes que cumplan con dos o más condiciones establecidas en los literales de esa norma, el subsidio respecto de las contribuciones especiales de mejora será del 80%, en lugar del 60% que dicha norma establece para el caso en que el sujeto pasivo cumpla con una sola de las circunstancias en que se motiva el subsidio.

El segundo inciso del artículo 1 de la Ordenanza de Creación de la EPMAPA-S, que fue transcrito al atender su primera consulta, prevé en forma expresa que esa empresa “orientará su acción con criterios de eficiencia, racionalidad y rentabilidad social”.

De conformidad con el artículo 575 del COOTAD, “Son sujetos pasivos de la contribución especial los propietarios de los inmuebles beneficiados por la ejecución de la obra pública. Las municipalidades y distritos metropolitanos podrán absorber con cargo a su presupuesto de egresos, el importe de las exenciones que por razones de orden público, económico o social se establezcan mediante ordenanza, cuya iniciativa privativa le corresponde al alcalde de conformidad con este Código”.

La letra k) del artículo 57 del COOTAD confiere al Concejo Municipal, atribución para conocer el plan operativo y presupuesto de las empresas públicas y mixtas del gobierno autónomo descentralizado municipal, aprobado por el respectivo directorio de la empresa, y consolidarlo en el presupuesto general del gobierno municipal.

El segundo inciso del artículo 172 del COOTAD, establece que son ingresos propios de los gobiernos autónomos descentralizados, entre otros, los que provienen de impuestos, tasas y contribuciones especiales de mejoras generales o específicas. En concordancia, el artículo 225 *ibídem*, incluye a las contribuciones especiales de mejoras entre los ingresos tributarios de los GADs.

En cuanto se refiere a las contribuciones especiales de mejoras, el artículo 591 del mismo Código reitera que: "...Las exenciones establecidas por el órgano normativo competente serán de cargo de las municipalidades o distritos metropolitanos respectivos".

El numeral 4 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas confiere al Directorio de la respectiva empresa, atribución para aprobar su presupuesto anual; sin embargo, el artículo 218 del COOTAD expedido con posterioridad, confiere al órgano legislativo del respectivo gobierno autónomo descentralizado, esto es el Concejo Cantonal en el caso de las Municipalidades, competencia para conocer los presupuestos de sus empresas públicas o mixtas aprobados por los respectivos directorios.

En armonía con lo analizado al atender su primera consulta, se concluye que toda vez que los Concejos Municipales, mediante Ordenanza, pueden disminuir el pago por concepto de contribuciones especiales de mejoras, en consideración a la situación social y económica de los contribuyentes, según lo prevé en forma expresa el segundo inciso del artículo 569 del COOTAD, es jurídicamente procedente que la EPMAPA-S pueda aplicar el subsidio cruzado, en la forma establecida por el artículo 36 de la Ordenanza materia de consulta, verificando que el contribuyente beneficiario de la rebaja, cumpla con todos los requisitos determinados en ella, para acceder al beneficio.

De conformidad con los artículos 575 y 591 del COOTAD, corresponde a la municipalidad, absorber con cargo a su presupuesto de egresos, el importe de las exenciones a las contribuciones especiales de mejoras, que establezca por ordenanza.

Sin perjuicio de lo anterior, conforme señalé al absolver la primera consulta, es responsabilidad del Gobierno Municipal, determinar los grupos que en consideración a su situación económica o social se beneficien de la disminución o exoneración de las contribuciones especiales de mejoras en su cantón, tomando en cuenta los grupos de atención prioritaria señalados en la Constitución de la República, así como la determinación de los porcentajes o el establecimiento de subsidios cruzados y de los demás requisitos para la aplicación de la Ordenanza que regula el Cobro de las Contribuciones Especiales de Mejoras en el Cantón Sucúa.

3. El informe del Procurador Síndico reitera su criterio en el sentido de que es improcedente “aplicar los subsidios mencionados”, invocando los artículos 3 numeral 3 y 6 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas que establecen que dichas empresas se rigen entre otros principios, por aquel que les exige obtener rentabilidad.

Según se analizó al atender sus dos consultas anteriores, la EPMAPA-S de conformidad con el artículo 1 de la Ordenanza que la creó, debe orientar su acción con criterios de eficiencia, racionalidad, pero también de rentabilidad social.

Es pertinente recordar que los tributos se clasifican en impuestos, tasas y contribuciones, de conformidad con el artículo 1 del Código Tributario; y, que el artículo 492 del COOTAD confiere a las Municipalidades, competencia para reglamentar por medio de ordenanzas el cobro de sus tributos. Idéntica disposición constaba en el artículo 304 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Por el contexto de su consulta, entendemos que está referida a las contribuciones especiales de mejora, así como a las tasas provenientes de la prestación de los servicios públicos a cargo de la EPMAPA-S.

De conformidad con la letra c) del artículo 57 del COOTAD, el Concejo Municipal tiene competencia para: “Crear, modificar, exonerar o extinguir tasas y contribuciones especiales por los servicios que presta y obras que ejecute”, respectivamente; y, el artículo 186 *ibídem*, reitera la potestad tributaria de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, previendo que “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, el uso de bienes o espacios públicos y en razón de las obras que ejecuten dentro del ámbito de sus competencias y circunscripción...”.

Conforme se analizó al atender su primera consulta, el numeral 6 del artículo 16 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, vigente al tiempo de expedición de la Ordenanza materia de consulta, confería potestad tributaria a las Municipalidades, y les autorizaba a establecer exenciones o rebajas “de los tributos destinados al financiamiento de los organismos municipales”.

Por tanto, el Concejo Cantonal de la Municipalidad de Sucúa, de conformidad con el artículo 492 del COOTAD, tiene competencia para regular mediante Ordenanza, la forma de cobro de los tributos destinados al financiamiento de la Municipalidad y sus empresas, pudiendo establecer rebajas de tasas y contribuciones especiales de mejoras, y estableciendo los requisitos para su reconocimiento a los beneficiarios, si es total o parcial (porcentaje), permanente o temporal.

En atención a los términos de su consulta se concluye que las rebajas de tasas por servicios y contribuciones especiales de mejora, se deberán aplicar verificando que el contribuyente cumpla los requisitos establecidos en la respectiva Ordenanza para cada caso.

Sin perjuicio de lo anterior, es responsabilidad del Gobierno Municipal, determinar los grupos que en consideración a su situación económica o social se beneficien de la disminución o exoneración de las contribuciones especiales de mejoras en su cantón, tomando en cuenta los grupo de atención prioritaria señalados en la Constitución de la República, así como la determinación de los porcentajes de disminución aplicables a cada caso.

OF. PGE. N°: 00247, de 02-02-2011

CONVENIO DE PAGO: PRESTACIONES DE BIENES Y SERVICIOS

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN PORTOVIEJO

CONSULTA:

“¿Resulta procedente, al amparo de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, suscribir convenios de pago con los prestadores de bienes y servicios que han sido recibidos a entera satisfacción de la entidad municipal pero que han carecido de un contrato o instrumentación previa que contenga la obligación prestada, o existiendo ésta, se encuentra fenecida en cuanto su plazo, pero se ha continuado recibiendo la prestación de estos bienes y servicios, a fin de cancelar los valores adeudados por estos conceptos?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 17, 66 y 212 num. 2.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Arts. 115, 116, 117 num. 2, 178 y Derogatorias.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Art. 1.

Ley de la Contraloría General del Estado Art. 19 y 31 num. 34.

PRONUNCIAMIENTO:

Al oficio de consulta se anexa copia del criterio jurídico del Procurador Síndico Municipal Dr. Guillermo Celi Santos que consta del oficio No. POR10LEGALOFI-680 de 4 de noviembre de 2010, quien manifiesta que en consideración a que dentro de los quehaceres municipales se desarrollan un sinnúmero de actividades que generan o resultan en la prestación de bienes o servicios a favor de la Municipalidad de Portoviejo necesarios para el cumplimiento de sus fines, siendo gran cantidad de ellos de mínima significación presupuestaria.

Agrega el informe del Procurador Síndico que siendo de obligación de la administración municipal honrar deudas devenidas de la recepción de bienes o servicios que han sido prestados y recibidos a satisfacción de la entidad desde administraciones anteriores; pero que han carecido de un contrato o instrumentación previa que contenga la obligación prestada o existiendo ésta, se encuentra fenecida en cuanto su plazo, pero se ha continuado recibiendo la prestación de estos bienes y servicios; y, concluye que con fundamento en el numeral 2 del Art. 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas pueden suscribirse convenios de pago con los prestadores de bienes y servicios que efectivamente hayan sido recibidos a entera satisfacción de la Entidad municipal, haya habido o no compromiso previo.

La Procuraduría General del Estado con el oficio No. 00104 de 17 de diciembre de 2010, le requirió a usted el envío de copias certificadas de la documentación ahí señalada, lo que fue atendido con su oficio No. POR10ALCOFI- 035 de 10 de enero de 2011, con la identificación de las personas naturales o jurídicas que han prestado los bienes y servicios referidos en la consulta, que han carecido de contrato o instrumentación previa que contenga la obligación prestada, así con el detalle de esas prestaciones con los montos respectivos; y, las certificaciones emitidas por los departamentos encargados de la recepción de los bienes y servicios recibidos a satisfacción por la Municipalidad de Portoviejo, con el detalle siguiente:

1. - Señor José Segundo Solórzano Roca pago por concepto de prestación de servicio de un Tanquero año 1992 marca NISSAN Modelo CM- 200 de Placas PZPO688 durante los meses de junio a septiembre de 2010.- Contrato de arrendamiento inicial suscrito el 29 de marzo de 2010, con el objeto de atender en el verano el riego de las plantas ornamentales y árboles en las principales avenidas, parterres, parques y áreas en las parroquias Urbanas y Rurales, así como el baldeado de calles, plazas cívicas, mercados y camales, por el valor mensual de USD. 2.100,00 sin IVA.

Certificación de prestación de los servicios recibidos a satisfacción de fecha 6 de octubre de 2010, emitida por el Director de Higiene y Aseo de la Municipalidad de Portoviejo.

2.- Ingeniero José Fernando Palacios García pago por concepto de prestación de servicio de una Cargadora – rueda marca CATERPILLAR modelo 926 que prestó servicios en la Dirección de Higiene Municipal desde el mes de abril a diciembre de 2010; y, de la retroexcavadora marca KOMATSU año 2004, modelo WB140 por los períodos desde abril a octubre de 2010, utilizadas para la evacuación de desechos sólidos no peligrosos en lugares como mercados, camales, terminal terrestre, hospitales y diferentes sectores de la ciudad por el valor de USD. 104.895,00.

Certificación de prestación de servicios recibidos a satisfacción de fecha 3 de enero de 2011 emitida por el Director de Higiene y Aseo de la Municipalidad de Portoviejo.

3.- Ingeniero Luis Javier Barberán Cedeño pago por concepto de prestación de servicio de una Minicargadora marca VOLVO modelo MC9OC que prestó servicio en la Dirección de Higiene y Aseo Municipal en el período del 19 de febrero hasta octubre de 2010, utilizada en el movimiento y desalojo de diferentes sectores de la ciudad, así como el raspado de lodo y desalojo de embanques, entre otros, por una valor de USD. 58.080.

Certificación de prestación de servicios recibidos a satisfacción de fecha 3 de enero de 2011, emitida por el Director de Higiene y Aseo de la Municipalidad de Portoviejo.

4.- Ingeniero Eric Vicente López Vélez, pagó por concepto de prestación de servicio de una Minicargadora marca DAEWOO, modelo 1760XL que prestó servicios en la Dirección de Higiene y Aseo Municipal durante los meses de abril, mayo y junio de 2010, utilizada en la limpieza de cintas goteras y calzada de las calles, embanques de lodo producto de deslaves de las colinas, por un valor de USD. 13.940,00.

Certificación de prestación de servicios recibidos a satisfacción de fecha 3 de enero de 2011 emitida por el Director de Higiene y Aseo de la Municipalidad de Portoviejo.

5.- Compañía TELCONET S. A. pago por servicio de Internet comprendido entre los meses de enero a septiembre de 2010.

Memorando No. POR10DIN- MEM0080, suscrito por el Director de Informática Municipal, certificando que la empresa TELCONET S.A. ha brindado el servicio de Internet (1 E1 simétrico) ininterrumpidamente, desde enero a septiembre de 2010 a satisfacción y sin ningún inconveniente por un valor total de USD. 12.150,00.

6.- Ferrería FERRO-CENTRO, adquisición de materiales para la regeneración de la Terminal Terrestre, Av. del Ejército y Calle Venezuela de la parroquia Andrés de Vera.

Descripción de materiales y presupuesto referencial por rubros por parte del Departamento de Construcción de la Dirección de Obras Públicas Municipales.

Certificación emitida por el Residente de Obra Arq. Pedro Vélez Solórzano que manifiesta que la adquisición de dichos materiales a la mencionada ferretería por el monto de USD. 37.121.38 fue realizada a entera satisfacción a lo solicitado.

Memorando No. POR2011DOPMEM008 mediante el cual el Director de Obras Públicas de la Municipalidad de Portoviejo (E) remite la certificación antes indicada.

7.- Arquitecto Gonzalo Delgado Bravo, trabajos de mano de obra para la regeneración de la Terminal Terrestre, Av. del Ejército y calle Venezuela de la parroquia Andrés de Vera.

Descripción de mano de obra y presupuesto referencial por rubros por parte del Departamento de Construcción de la Dirección de Obras Públicas Municipales.

Certificación emitida por el Residente de Obra Arq. Pedro Vélez Solórzano, quien certifica que los trabajos de mano de obra en dicha regeneración por parte del mencionado profesional, por un monto de USD. 35.253.88 fueron realizados con las normas técnicas requeridas para la misma.

Memorando No. POR2011DOPMEM007 mediante el cual el Director de Obras Públicas de la Municipalidad de Portoviejo (E) remite la certificación indicada.

8.- Empresa ARMILED CIA. LTDA., pago por el servicio de vigilancia del Palacio Municipal y demás dependencias municipales por el mes de abril de 2010.

Contrato inicial celebrado el 15 de mayo de 2009.

Memorando No. POR11DADMEMO004 de 27 de diciembre de 2010, del Director Administrativo Municipal, respecto del servicio recibido por parte de la empresa citada por el mes de abril de 2010, tal como lo certifican los Administradores de cada área, por el valor de USD. 43.050.00 más IVA.

Certificación General de fecha 6 de mayo de 2010, emitida por el Jefe de Guardias y Seguridad del Municipio de Portoviejo, quien certifica "que la Compañía Armiled está prestando servicios de seguridad y vigilancia privada con veintidós turnos

de 24 horas y cinco turnos de 12 horas en horario de lunes a domingo en las diferentes áreas del Municipio de Portoviejo”; manifestando que dicho servicio se la ha venido recibiendo de manera normal y satisfactoria por el mes de abril.

Certificación de fecha 6 de mayo de 2010, emitida por el Administrador del Cementerio General de Portoviejo, quien certifica “que la compañía Armiled está prestando servicios de seguridad y vigilancia privada con dos turnos de 24 horas en horario de lunes a domingo en las instalaciones del Cementerio General”; manifestando que dicho servicio se lo ha venido recibiendo de manera normal y satisfactoria por el mes de abril.

Certificación de fecha 3 de mayo de 2010, emitida por el Director del Proyecto del Plan de Agua Potable, quien certifica que la compañía ARMILED CIA LTDA., ha cumplido con el servicio de guardianía las 24 horas del día, en el periodo comprendido al mes de abril del 2010, habiendo cumplido a cabalidad con el servicio.

Certificación de fecha 6 de mayo de 2010, emitida por el Jefe de Mantenimiento del Parque Automotriz Municipal, quien certifica “que la Compañía Armiled está prestando servicios de seguridad y vigilancia privada con un turno de 24 horas en horario de lunes a domingo en las instalaciones del Parque Automotor Municipal”; manifestando que dicho servicio se la ha venido recibiendo de manera normal y satisfactoria por el mes de abril.

Oficio No. 00178-CCMP-2010 de fecha 5 de mayo de 2010, emitida por el Administrador del Centro Comercial Municipal, quien certifica que la Compañía de Seguridad ARMILED CIA LTDA., ha cumplido a cabalidad con el servicio de guardianía en el período del 01 al 30 de abril del 2010, con 4 turnos de 24 horas.

Certificación de fecha 6 de mayo de 2010, emitida por la Administradora del Terminal Terrestre de Portoviejo, quien certifica “que la Compañía Armiled está prestando servicios de seguridad y vigilancia privada con cuatro turnos de 24 horas en horario de lunes a domingo en las instalaciones del Terminal Terrestre”; manifestando que dicho servicio se lo ha venido recibiendo de manera normal y satisfactoria por el mes de abril.

Certificación del mes de mayo de 2010, emitida por el Administrador del Mercado No. 1 de Portoviejo, quien certifica “que la compañía ARMILED está prestando

servicios de seguridad y vigilancia privada”; manifestando que dicho servicio se lo ha venido recibiendo de manera normal y satisfactoria por el mes de abril.

Certificación de fecha 4 de mayo de 2010, emitida por el Administrador del Mercado No. 2 de Portoviejo, quien certifica “que la Compañía Armiled está prestando servicios de seguridad y guardiana privada con un turno de 24h00, de lunes a domingo distribuido, en dos guardia de 12 horas nocturnas”; manifestando que dicho servicio se lo recibió de manera normal y satisfactoria por el mes de abril.

Certificación de fecha 6 de mayo de 2010, emitida por el Jefe de Camales del Municipio de Portoviejo, quien certifica “que la Compañía Armiled está prestando servicios de seguridad y vigilancia privada con un turno de 24 horas en horario de lunes a domingo en las instalaciones del Camal Municipal”; manifestando que dicho servicio se lo ha venido recibiendo de manera normal y satisfactoria por el mes de abril.

9.- Pagos pendientes por servicios recibidos por parte de varios medios de comunicación social:

Memorando No. POR10DCSMEMO355 suscrito por la Directora de Comunicación Social de la Municipalidad de Portoviejo que certifica que EL DIARIO S. A. cumplió durante el año 2010, con la publicación de los avisos ahí detallados y que se encuentran pendientes de pago por el valor de USD. 10.072.73.

Memorando No. POR10DCSMEMO356 suscrito por la Directora de Comunicación Social de la Municipalidad de Portoviejo que certifica que la REVISTA PANORAMA realizó una publicación en su edición de marzo de 2010, sobre las actividades que realiza la Municipalidad y que se encuentra pendiente de pago por la cantidad de USD. 600.00.

Memorando No. POR10DCSMEMO357 suscrito por la Directora de Comunicación Social de la Municipalidad de Portoviejo que certifica que Diario La Hora Manabita EDIMANABI cumplió durante el año 2010, con la publicación de los avisos ahí detallados y que se encuentran pendientes de pago por el valor de USD. 786,60.

Memorando No. POR10DCSMEMO358 suscrito por la Directora de Comunicación Social de la Municipalidad de Portoviejo que certifica que RADIO LA VOZ DE

PORTOVIEJO cumplió con la difusión de las actividades de la Municipalidad durante el mes de diciembre de 2009; y, que se encuentra pendiente de pago por el valor de USD. 560,00.

De la documentación previamente señalada, que en copias certificadas ha sido remitida a esta Procuraduría, se establece que en los casos referidos en los numerales 6 y 7 del presente, se cuenta únicamente con la certificación del residente de obra, sin que exista constancia del Director de Obras Públicas de la Municipalidad de Portoviejo, de que los bienes adquiridos y los servicios prestados allí señalados, hayan sido recibidos a entera satisfacción por la Municipalidad de Portoviejo. De igual manera, en los casos señalados en el numeral 9 de los antecedentes que se refieren a servicios de medios de comunicación, se establece que éstos han sido efectivamente prestados, pero no se evidencia la constancia por parte de la Directora de Comunicación Social de la recepción a entera satisfacción por la I. Municipalidad de Portoviejo, de dichos servicios.

En tal virtud, es de estricta responsabilidad de la Entidad Edilicia a su cargo la existencia de los documentos suscritos por los funcionarios competentes, en los que consten que los bienes y servicios han sido recibidos a entera satisfacción por parte del Municipio.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008, en el Art. 1 establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen las entidades sujetas al ámbito de aplicación de esa Ley, entre estas, en el número 4. Las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo.

En materia de prestación de servicios, el procedimiento precontractual se determina en función de la naturaleza de los servicios, normalizados o no, así como de la cuantía de la contratación.

La Constitución de la República en el Art. 66 reconoce y garantiza a las personas, en el número 17. "El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley".

El Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 306 de 22 de octubre de 2010, derogó entre otras leyes, la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control; la Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal; la Ley de Presupuestos del Sector Público; el Capítulo I de la Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público, Ley que ya había sido derogada por el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010.

El Art. 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas dispone lo siguiente:

“Art. 115.- Certificación Presupuestaria.- Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria”.

El Art. 116 del mencionado Código señala:

“Art. 116.- Establecimiento de Compromisos.- Los créditos presupuestarios quedarán comprometidos en el momento en que la autoridad competente, mediante acto administrativo expreso, decida la realización de los gastos, con o sin contraprestación cumplida o por cumplir y siempre que exista la respectiva certificación presupuestaria. En ningún caso se adquirirán compromisos para una finalidad distinta a la prevista en el respectivo presupuesto.

El compromiso subsistirá hasta que las obras se realicen, los bienes se entreguen o los servicios se presten. En tanto no sea exigible la obligación para adquisiciones nacionales e internacionales, se podrá anular total o parcialmente el compromiso”.

El Art. 117 del Código en estudio expresa:

“Art. 117.- Obligaciones.- La obligación se genera y produce afectación presupuestaria definitiva en los siguientes casos:

1.- Cuando ineludiblemente por excepción deban realizarse pagos sin contraprestación, de acuerdo con lo que dispongan las normas técnicas de presupuesto que dicte el ente rector de las finanzas públicas; y,

2.- Cuando se reciban de terceros obras, bienes o servicios adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido, haya habido o no compromiso previo.

El registro de obligaciones deberá ser justificado para el numeral 1 y además comprobado para el numeral 2 con los documentos auténticos respectivos. Para estos efectos, se entenderá por documentos justificativos, los que determinan un compromiso presupuestario y, por documentos comprobatorios, los que demuestren la entrega de las obras, los bienes o servicios contratados”.

Por su parte el Art. 178 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas dispone que ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos ni autorizar o contraer obligaciones, sin que conste la respectiva certificación presupuestaria; agrega que los funcionarios responsables que hubieren contraído compromisos, celebrado contratos, o autorizado o contraído obligaciones sin que conste la respectiva certificación presupuestaria serán destituidos del puesto y serán responsables personal y pecuniariamente.

De la normativa jurídica citada se determina que la erogación de recursos públicos por parte de las instituciones del Estado, debe tener como antecedente una contraprestación real o la correspondiente disposición legal.

Con fundamento en el análisis jurídico que antecede, en atención a la consulta formulada por usted, se concluye que en aplicación del principio del Art. 66 número 17 de la Constitución de la República de que nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso; y, de conformidad con lo previsto en los artículos 115, 116 y 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas que he citado, es procedente que la Municipalidad de Portoviejo suscriba convenios de pago con los prestadores de bienes o servicios que han sido recibidos a su entera satisfacción, pero que carecen de un contrato o instrumentación previa que contenga la obligación prestada, o existiendo ésta, ha fenecido su plazo, pero que se ha continuado recibiendo la prestación de estos bienes y servicios, para cancelar los valores adeudados por estos conceptos, por la adquisición de bienes y prestación de servicios a las personas naturales y empresas, en las condiciones, términos y precios detallados en el oficio de consulta y que he señalado en líneas anteriores.

Para que proceda el convenio de pago, deberá en dichos instrumentos determinarse: 1) Que existió la necesidad institucional previa de acuerdo con la certificación que otorgue el director del área requirente de conformidad con los planes operativos; 2) Que los precios que fueron pactados son los del mercado a la fecha de prestación de los servicios y de adquisición de bienes; 3) Que hay constancia documentada de que los bienes y servicios fueron recibidos a entera satisfacción por los funcionarios responsables del Municipio; 4) Que los bienes adquiridos y los servicios prestados fueron utilizados en actividades y funciones inherentes a la Municipalidad de Portoviejo.

El mecanismo que adopte la Municipalidad de Portoviejo para el pago de los bienes adquiridos y servicios recibidos, es de exclusiva responsabilidad de sus personeros, dejando constancia que este pronunciamiento no constituye autorización ni orden de pago por no ser de mi competencia.

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 Portoviejo deberá adoptar las medidas adecuadas, a fin de evitar a futuro, que se reciban servicios o se adquieran bienes; en general que se asuman obligaciones, sin el correspondiente respaldo contractual.

En consecuencia la Auditoría de la Municipalidad de Portoviejo, deberá ejercer el control de los procedimientos adoptados con respecto al tema que motiva la consulta que se absuelve con el presente pronunciamiento.

Sin perjuicio de lo anterior, corresponde a la Contraloría General del Estado, de conformidad con lo previsto en el número 2 del Art. 212 de la Constitución de la República, así como de los artículos 19 y 31 número 34 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado determinar responsabilidades por las acciones u omisiones de los servidores de esa Municipalidad, con relación a la situación consultada.

La Municipalidad de Portoviejo, para efectos de control posterior, deberá informar a la Procuraduría y a la Contraloría General del Estado de cualquier convenio de pago que se celebre teniendo como antecedente la absolución de esta consulta.

OF. PGE. N°: 00466, de 16-02-2011

CONVENIO MARCO DE COOPERACIÓN INTERINSTITUCIONAL: GESTIÓN COMPARTIDA CON LAS JUNTAS PARROQUIALES

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO PROVINCIAL DE BOLÍVAR

CONSULTA:

Sobre la procedencia de la suscripción del convenio marco ya referido; y, de ser posible se servirá indicarnos los procedimientos que la entidad debe adoptar para casos similares.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 263 num. 2, 264, 267 num. 4. Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 42 lit. b), 55, 65, 114, 115, 129, 137, 274, 275, 279, 280 y 328 lit. a).

PRONUNCIAMIENTO:

En el oficio que contesto, expone que el Consejo Provincial de Bolívar en sesión ordinaria del 10 de diciembre del 2010, resolvió autorizar a los representantes de esa Corporación Provincial para que suscriban con los Municipios y las Juntas Parroquiales de esa Provincia, el convenio marco de cooperación interinstitucional para el trabajo de vialidad rural y producción; pero que en el informe del Procurador Síndico de ese Consejo, se manifiesta que dicha resolución incurriría en una de las prohibiciones determinadas para los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados, específicamente en la letra a) del artículo 328 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

De manera previa a atender la consulta, esta Procuraduría en oficios Nos. 00045, 00557 y 00809 de 20 de enero, 22 de febrero y 10 de marzo de 2011, le solicitó se sirva remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado por el Procurador Síndico de la Entidad que usted representa, en relación con el objeto de su petición; así como copias certificadas del Acta de la Sesión Ordinaria del Consejo Provincial de 10 de diciembre de 2010; el proyecto del convenio marco de cooperación interinstitucional a ser suscrito con los municipios y las juntas parroquiales; y, toda la documentación relacionada con el objeto de su consulta. Dichos requerimientos fueron atendidos por el Procurador Síndico de ese Consejo Provincial en oficios Nos. 024.AJ.GPB.2011 y 030.AJ.GPB.2011 de 1 y 21 de marzo de 2011, ingresadas el 2 y 23 de marzo de 2011, respectivamente.

En el oficio No. 030.AJ.GPB.2011 de 21 de marzo de 2011, el Procurador Síndico del Consejo Provincial de Bolívar expresa que las competencias que tiene esa Corporación Provincial son exclusivas y concurrentes; que las primeras se encuentran establecidas en el artículo 263 de la Constitución de la República y el artículo 42 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; en tanto que las competencias concurrentes están determinadas en el artículo 280 del mencionado Código Orgánico.

Concluye el Procurador Síndico manifestando que: “las competencias exclusivas del Gobierno Provincial de manera especial en la vialidad rural corresponde únicamente a nuestra entidad y no a las municipalidades, para mi criterio no es procedente la suscripción del convenio marco porque esta decisión es adoptada por los señores Alcaldes y Presidentes de las Juntas Parroquiales que teniendo la calidad de Consejeros Provinciales no están investidos de la imparcialidad que deben tener las resoluciones, por ser personas interesadas en el tema”.

Según se desprende del Acta de la Sesión Ordinaria del Consejo Provincial de Bolívar celebrada el 10 de diciembre del 2010, remitida por el Procurador Síndico, en el cuarto punto del orden del día, el Prefecto manifiesta que el Consejo Provincial de Bolívar suscribiría el convenio marco de cooperación interinstitucional para el trabajo de la vialidad rural y producción, en forma individual con los Gobiernos Autónomos Descentralizados; añadiendo que, ese Consejo Provincial ya tiene firmados convenios marcos y específicos con los Municipios de Chimbo, Caluma y Chillanes. En dicha sesión, el Consejo resolvió autorizar al Prefecto Provincial y al Procurador Síndico, que procedan a la suscripción de los Convenios marcos y específicos de Cooperación interinstitucional para el trabajo de la vialidad rural y producción con los gobiernos Autónomos Descentralizados.

Adjunta además el Procurador Síndico, copia de un proyecto del convenio marco de cooperación interinstitucional vial rural y de producción entre el Consejo Provincial de Bolívar y el Concejo Municipal del cantón Chimbo, cuyo objeto según la cláusula segunda, se circunscribiría a ejecutar obras viales e intervenir en programas o proyectos de producción, dentro de la jurisdicción del cantón Chimbo, a través de la coparticipación institucional, de financiamiento de las obras y especificaciones técnicas, modalidad de fiscalización y control social, que se determinarían en los convenios específicos.

En dicho proyecto se determina que el plazo de duración del mencionado convenio correría desde el mes de enero del 2011 hasta el mes de mayo del 2014.

De lo expuesto se colige que, el convenio marco de cooperación al que alude su consulta, se circunscribiría a la realización de los objetivos específicos descritos en el proyecto del convenio antes referido, esto es, la coparticipación para la ejecución de obras viales y la cooperación en programas o proyectos de producción, dentro de la jurisdicción de los municipios y juntas parroquiales con los cuales pretenden suscribir dichos convenios.

La letra a) del artículo 328 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, que según el Procurador Síndico impediría la suscripción del convenio que refiere su consulta, dispone lo siguiente:

“Art. 328.- Prohibiciones a los órganos legislativos.- Está prohibido a los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados:

a) Interferir en la gestión de las funciones y competencias que no les corresponda por disposición constitucional o legal y que sean ejercidas por las demás dependencias públicas”.

De la norma citada, se establece que los cuerpos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados están prohibidos de interferir en la gestión de las funciones y competencias que no les corresponden constitucional o legalmente, por lo que con respecto al “Convenio Marco” que motiva su consulta, es necesario determinar las funciones y atribuciones de los gobiernos autónomos descentralizados con relación al objeto de dicho convenio.

La Constitución de la República, en el artículo 263 establece que los gobiernos provinciales tendrán las siguientes competencias exclusivas, sin perjuicio de las otras que determine la ley: “...2. Planificar, construir y mantener el sistema vial de ámbito provincial, que no incluya las zonas urbanas...7. Fomentar las actividades productivas provinciales”.

El artículo 264 de la citada Constitución, determina que los gobiernos municipales tendrán las siguientes competencias exclusivas, sin perjuicio de otra que determine la ley: “...3. Planificar, construir y mantener la vialidad urbana”.

El artículo 267 de la referida Carta Constitucional, prescribe que los gobiernos parroquiales rurales ejercerán las siguientes competencias exclusivas, sin perjuicio de las adicionales que determina la ley: "...3. Planificar y mantener, en coordinación con los gobiernos provinciales, la vialidad parroquial rural. 4. Incentivar el desarrollo de actividades productivas comunitarias, la preservación de la biodiversidad y la protección del medio ambiente".

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en el artículo 42 determina entre otras, las siguientes competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados provinciales: "...b) Planificar, construir y mantener el sistema vial de ámbito provincial, que no incluya las zonas urbanas...f) Fomentar las actividades productivas provinciales, especialmente las agropecuarias".

El artículo 55 del mencionado Código Orgánico, dispone que los gobiernos autónomos descentralizados municipales tendrán las siguientes competencias exclusivas sin perjuicio de otras que determine la ley: "...c) Planificar, construir y mantener la vialidad urbana".

El artículo 65 del indicado Código Orgánico, prescribe que los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales rurales ejercerán las siguientes competencias exclusivas, sin perjuicio de otras que se determinen: "...c) Planificar y mantener, en coordinación con los gobiernos provinciales, la vialidad parroquial rural; d) Incentivar el desarrollo de actividades productivas comunitarias, la preservación de la biodiversidad y la protección del ambiente".

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en el Título V "DESCENTRALIZACIÓN Y SISTEMA NACIONAL DE COMPETENCIAS", Capítulo II "Sistema Nacional de Competencias", en sus artículos 114 y 115, disponen lo siguiente:

"Art.114.- Competencias exclusivas.- Son aquellas cuya titularidad corresponde a un solo nivel de gobierno de acuerdo con la Constitución y la ley, y cuya gestión puede realizarse de manera concurrente entre diferentes niveles de gobierno.

Art.115.- Competencias concurrentes.- Son aquellas cuya titularidad corresponde a varios niveles de gobierno en razón del sector o materia, por lo tanto deben gestionarse obligatoriamente de manera concurrente.

Su ejercicio se regulará en el modelo de gestión de cada sector, sin perjuicio de las resoluciones obligatorias que pueda emitir el Consejo Nacional de Competencias para evitar o eliminar la superposición de funciones entre los niveles de gobierno. Para el efecto se observará el interés y-naturaleza de la competencia y el principio de subsidiariedad”.

Respecto al ejercicio de las competencias constitucionales en materia de vialidad que motiva su consulta, el artículo 129 del mencionado Código Orgánico establece que el ejercicio de la competencia de vialidad atribuida en la Constitución a los distintos niveles de gobierno, se cumplirá de la siguiente manera:

“...Al gobierno autónomo descentralizado provincial le corresponde las facultades de planificar, construir y mantener el sistema vial de ámbito provincial, que no incluya las zonas urbanas.

Al gobierno autónomo descentralizado municipal le corresponde las facultades de planificar, construir y mantener la vialidad urbana. En el caso de las cabeceras de las parroquias rurales, la ejecución de esta competencia se coordinará con los gobiernos parroquiales rurales.

Al gobierno autónomo descentralizado parroquial rural le corresponde las facultades de planificar y mantener, en coordinación con el gobierno autónomo descentralizado provincial la vialidad parroquial y vecinal, para el efecto se establecerán convenios entre ambos niveles de gobierno, donde se prevean las responsabilidades correspondientes de cada uno de ellos”.

De las disposiciones constitucionales y legales antes mencionadas, se desprende que en cuanto a la ejecución de obras viales que motiva su consulta, los gobiernos provinciales, municipales y parroquiales rurales tienen competencias exclusivas para planificar, mantener y construir el sistema vial provincial, urbano y rural, en su orden; disponiendo además a las juntas parroquiales rurales a planificar y mantener la vialidad parroquial rural en coordinación con los gobiernos provinciales.

En relación a los proyectos de producción a los que se refiere su consulta, el artículo 42 letra f) del COOTAD, atribuye a los gobiernos provinciales, la competencia exclusiva de: “f) Fomentar las actividades productivas provinciales, especialmente las agropecuarias”, en concordancia con la norma constitucional

del artículo 263 numeral 7; y de otra parte, el artículo 65 letra d) del COOTAD, les atribuye a los gobiernos parroquiales la competencia de “Incentivar el desarrollo de actividades productivas comunitarias, la preservación de la biodiversidad y la protección del ambiente”, concordante con el artículo 267 numeral 4 de la Constitución de la República.

El artículo 135 del referido Código Orgánico, dispone lo siguiente:

Art. 135.- Ejercicio de la competencia de fomento de las actividades productivas y agropecuarias.- 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, y se ajustarán a las características y vocaciones productivas territoriales, sin perjuicio de las competencias del gobierno central para incentivar estas actividades.

A los gobiernos autónomos descentralizados regionales, provinciales y parroquiales rurales les corresponde de manera concurrente la definición de estrategias participativas de apoyo a la producción; el fortalecimiento de las cadenas productivas con un enfoque de equidad; la generación y democratización de los servicios técnicos y financieros a la producción; la transferencia de tecnología, desarrollo del conocimiento y preservación de los saberes ancestrales orientados a la producción; la agregación de valor para lo cual se promoverá la investigación científica y tecnológica; la construcción de infraestructura de apoyo a la producción; el impulso de organizaciones económicas de los productores e impulso de emprendimientos económicos y empresas comunitarias; la generación de redes de comercialización; y, la participación ciudadana en el control de la ejecución y resultados de las estrategias productivas.

Para el cumplimiento de sus competencias establecerán programas y proyectos orientados al incremento de la productividad, optimización del riego, asistencia técnica, suministro de insumos, agropecuarios y transferencia de tecnología, en el marco de la soberanía alimentaria, dirigidos principalmente a los micro y pequeños productores.

Los gobiernos autónomos descentralizados provinciales podrán delegar el ejercicio de esta competencia a los gobiernos autónomos descentralizados

municipales cuyos territorios sean de vocación agropecuaria. Adicionalmente, éstos podrán implementar programas y actividades productivas en las áreas urbanas y de apoyo a la producción y comercialización de bienes rurales, en coordinación con los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales rurales.

El fomento de la actividad productiva y agropecuaria debe estar orientada al acceso equitativo a los factores de producción, para lo cual los diferentes niveles de gobierno evitarán la concentración o acaparamiento de estos recursos productivos; impulsarán la eliminación de privilegios o desigualdades en el acceso a ellos; y, desarrollarán políticas específicas para erradicar la desigualdad, y discriminación hacia las mujeres productoras.

El turismo es una actividad productiva que puede ser gestionada concurrentemente por todos los niveles de gobierno”.

El Título VII del referido Código Orgánico, referido a las “MODALIDADES DE GESTIÓN, PLANIFICACIÓN, COORDINACIÓN Y PARTICIPACIÓN”, en el artículo 274, dispone que los gobiernos autónomos descentralizados “son responsables por la prestación de los servicios públicos y la implementación de las obras que les corresponda ejecutar para el cumplimiento de las competencias que la Constitución y la ley les reconoce, de acuerdo con sus respectivos planes de desarrollo y de ordenamiento territorial”; y, al tenor del artículo 275 del indicado Código Orgánico, los gobiernos autónomos descentralizados podrán prestar los servicios y ejecutar la obras que son de su competencia “en forma directa, por contrato, gestión compartida, por delegación a otro nivel de gobierno o cogestión con la comunidad y empresas de economía mixta”.

Respecto a la gestión compartida, el artículo 280 del mencionado Código Orgánico, prescribe que para ejecutar obras públicas que permitan dar cumplimiento a competencias y gestiones concurrentes, “dos o más gobiernos autónomos descentralizados del mismo o de distinto nivel de gobierno podrán celebrar convenios de cogestión de obras”. Añade, que los convenios establecerán los términos de coparticipación de cada una de las partes, el financiamiento de la obra, las especificaciones técnicas y la modalidad de fiscalización y control social; y que, los procesos contractuales y formalidades del convenio observarán lo establecido en la ley.

Sobre la delegación referida en el artículo 137 del mismo Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (que he citado en líneas anteriores), en el artículo 279 *ibídem* dispone:

“Art. 279.- Delegación a otros niveles de gobierno.- Los gobiernos autónomos descentralizados regional, provincial, metropolitano o municipal podrán delegar la gestión de sus competencias a otros niveles de gobierno, sin perder la titularidad de aquellas. Esta delegación requerirá acto normativo del órgano legislativo correspondiente y podrá ser revertida de la misma forma y en cualquier tiempo.

Para esta delegación las partes suscribirán un convenio que contenga los compromisos y condiciones para la gestión de la competencia. Ningún nivel de gobierno podrá delegar la prestación de servicios públicos que le hubiere delegado otro nivel de gobierno.

Los gobiernos autónomos descentralizados podrán recibir delegaciones de servicios públicos desde el gobierno central para lo cual, este último, entregará la asignación económica necesaria para la prestación del servicio”.

De los artículos 274, 275 y 280 del COOTAD, anteriormente referidos, se desprende que los Gobiernos Autónomos Descentralizados son responsables por la prestación de los servicios públicos y la implementación de las obras que les corresponda ejecutar para el cumplimiento de sus competencias, pudiendo prestar los servicios o ejecutar las obras pertinentes, en forma directa, por contrato, gestión compartida, por delegación a otro nivel de gobierno o cogestión con la comunidad y empresas de economía mixta; y, en el caso de ejercer competencias concurrentes entre dos o más gobiernos autónomos descentralizados del mismo o de distinto nivel de gobierno, podrán celebrar convenios de cogestión de obras.

Cabe tener presente que el referido Código Orgánico en su Disposición Transitoria Décimo Novena, dispone que los gobiernos autónomos descentralizados municipales que al momento de la vigencia del presente Código desarrollen acciones productivas y agropecuarias “podrán mantenerlas en coordinación con el gobierno provincial”.

De las disposiciones constitucionales y legales referidas a lo largo de este pronunciamiento, se colige que al actuar bajo los principios de coordinación y corresponsabilidad, subsidiariedad y complementariedad que rigen el ejercicio de la autoridad y potestades de los gobiernos autónomos descentralizados, previstos

en el artículo 3 de dicho Código Orgánico, que establecen la coordinación y ejecución de políticas y planes articulados entre los distintos niveles de gobierno, no se viola la prohibición de interferir en la gestión de las funciones y competencias de otros niveles de gobierno, previsto en el artículo 328 letra a) del COOTAD.

Adicionalmente, los gobiernos autónomos descentralizados pueden prestar los servicios y ejecutar la obras que son de su competencia, al tenor del artículo 275 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en forma directa, por contrato, gestión compartida o por delegación a otro nivel de gobierno, para lo cual tanto el artículo 280 del COOTAD como el 279 *ibidem*, en su orden, permiten a los distintos niveles de gobierno celebrar convenios en los que se establezcan los términos de coparticipación de cada una de las partes y su financiamiento.

En atención a su consulta, se concluye que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 263 numeral 2 de la Constitución de la República y los artículos 42 letra b) y 129 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que atribuyen a los gobiernos autónomos descentralizados provinciales competencias exclusivas para planificar, construir y mantener el sistema vial en el ámbito provincial, que no incluye zonas urbanas; y, que conforme al artículo 267 numeral 3 de la citada Constitución; y, los artículos 65 letra c) y 129 del referido Código Orgánico, los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales rurales tienen competencias exclusivas para planificar y mantener en coordinación con los gobiernos provinciales la vialidad parroquial rural, se concluye que el Consejo Provincial de Bolívar puede suscribir convenios marco de cooperación interinstitucional para efectuar trabajos relativos con la vialidad rural, con las juntas parroquiales de esa provincia, a través de la suscripción de convenios de cogestión de obras, conforme lo dispone el artículo 280 del Código Orgánico antes referido.

En lo que respecta a los gobiernos municipales, el artículo 129 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, citado anteriormente, que establece el ejercicio de la competencia de vialidad atribuida en la Constitución a los distintos niveles de gobierno, no ha previsto la posibilidad de que suscriban convenios sobre vialidad rural entre los gobiernos provinciales y municipales, toda vez que según el artículo 55 letra c) del mismo Código, a los gobiernos autónomos descentralizados municipales les corresponde “Planificar, construir y mantener la vialidad urbana”, por lo que el artículo 129 del indicado

Código Orgánico, en lo relacionado a vialidad rural, ha previsto respecto a gobiernos autónomos municipales que: "...En el caso de las cabeceras de las parroquias rurales, la ejecución de esta competencia se coordinará con los gobiernos parroquiales rurales", siendo los gobiernos autónomos parroquiales los facultados para suscribir convenios tanto con los Gobiernos Provinciales como con los Municipales, según el mismo artículo 129 del COOTAD.

De otra parte, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 263 numeral 7 y 267 numeral 4 de la Constitución de la República y los artículos 42 letra f) 65 letra d) y 135 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que atribuyen a los gobiernos autónomos descentralizados provinciales competencias exclusivas para fomentar actividades productivas provinciales y a los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales rurales competencias exclusivas para incentivar el desarrollo de actividades productivas comunitarias; asignando además a dichos gobiernos autónomos, la ejecución de las actividades productivas y agropecuarias de manera coordinada y compartida, se concluye que el Consejo Provincial de Bolívar puede suscribir convenios marco de cooperación interinstitucional para efectuar programas y proyectos de producción con las juntas parroquiales rurales de esa Provincia, a través de la suscripción de convenios de gestión compartida, conforme lo dispone el artículo 275 del Código Orgánico antes referido.

Ni la Constitución de la República ni el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, han atribuido a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, competencia en lo relacionado al fomento de la producción y agricultura, ya que conforme la normativa señalada en el párrafo precedente, esta competencia se ha atribuido a los gobiernos provinciales y parroquiales. Lo expuesto, sin perjuicio de que conforme dispone el inciso cuarto del artículo 135 del Código Orgánico en mención, los gobiernos autónomos descentralizados provinciales puedan delegar el ejercicio de esta competencia a los gobiernos autónomos descentralizados municipales cuyos territorios sean de vocación agropecuaria, cumpliendo al efecto con lo dispuesto en el artículo 279 citado en líneas anteriores. Adicionalmente, en el caso de que al momento de la vigencia del Código Orgánico de Organización Territorial, los gobiernos autónomos descentralizados municipales estuvieren desarrollando acciones productivas y agropecuarias, podrán mantenerlas en coordinación con el gobierno provincial, por así disponerlo expresamente la Disposición Transitoria Décimo Novena del mencionado Código Orgánico.

Este pronunciamiento se limita a inteligenciar las normas aplicables, por no tener competencia legal para autorizar la suscripción de convenios o para dar informes previos para su suscripción.

OF. PGE. N°: 01902, de 20-05-2011

CONVENIOS DE COOPERACIÓN: INVERSIÓN SOCIAL

ENTIDAD CONSULTANTE: INSTITUTO DE LA NIÑEZ Y LA FAMILIA, INFA

CONSULTA:

“¿Tomando en cuenta que los proyectos de inversión social en beneficio directo de la colectividad, referidos en el artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y en su Reglamento de aplicación, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 544 de 11 de noviembre del 2010, no se hallan sujetos a los procesos de contratación de bienes, obras o servicios, previstos en la normativa de contratación pública, cuál es el procedimiento legal específico que se debe observar para el pago y liquidación de las transferencias directas de recursos públicos que realiza el Instituto de la Niñez y la Familia –INFA, a favor de personas jurídicas de derecho privado, para la ejecución de los proyectos de inversión social de desarrollo infantil y protección especial?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 44 y 211.

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

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Art. 3.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado Arts. 1 num. 7, 3 y 4.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Art. 104.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva Arts. 2 y 84.

D. E. N° 1170 Art. 3.

A. M. N° 1389, R. O. N° 550 de 17-03-2009.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 992 de 22 de marzo de 2011, de conformidad con el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, este Organismo solicitó a usted la remisión de copia certificada de la documentación referida en la consulta. Dicho requerimiento ha sido atendido mediante oficio No. 0141-DG-

MIES/INFA-2011 de 28 de marzo de 2011, recibido el día 30 de marzo del presente año.

En la comunicación de consulta se expone que de conformidad con el artículo 44 de la Constitución de la República, corresponde al Estado promover de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos; que el Código de la Niñez y Adolescencia establece el principio de la prevalencia del interés superior del niño y la doctrina de protección integral. Y que una de las estrategias para el periodo 2009-2013 previstas en el Plan Nacional para el Buen Vivir, es la ampliación de los mecanismos de protección social de la niñez, a través de la cobertura de los programas de desarrollo infantil y el fortalecimiento de los programas de salud y nutrición materno infantil, que atiendan prioritariamente a niños de 6 meses a 2 años de edad.

En dicho contexto, mediante Decreto Ejecutivo No. 1170 publicado en el Registro Oficial No. 381 de 15 de julio de 2008, se creó el Instituto de la Niñez y la Familia, entidad a la que corresponde ejecutar los planes, normas y medidas que imparte el Gobierno en materia de asistencia y protección integral a los niños y sus familias, para lo cual utiliza modelos de gestión unificados a los planes de desarrollo nacional.

Agrega la consulta que a partir de enero de 2009, el INFA asumió las funciones antes asignadas a otras entidades como el Programa de Operación Rescate Infantil, el Fondo de Desarrollo Infantil y la Dirección de Atención Integral a la Niñez y Adolescencia, cuya transición hacia el INFA ha implicado un proceso complejo en el que se han debido solventar dificultades legales, técnicas y administrativas, lo que ha obligado al INFA a utilizar los modelos de gestión que se venían desarrollando en las extintas entidades, que con respecto al control de la ejecución de los convenios de cooperación suscritos con las organizaciones sociales, exigía el empleo de ingentes recursos humanos en la verificación de los justificativos financieros de los aportes económicos del INFA.

Expone como antecedente, que mediante Acuerdo Ministerial No. 1389, publicado en el Registro Oficial No. 550 de 17 de marzo de 2009, el Ministerio de Inclusión Económica y Social expidió las normas que regulan la ejecución de los proyectos para protección integral de los niños, niñas, adolescentes y sus familias, y la entrega de donaciones, ayudas, subvenciones por parte del INFA, que facultan a

ese Instituto, para suscribir convenios de cooperación con instituciones públicas o de derecho privado con finalidad social o pública. El oficio de consulta contiene un detalle sobre los convenios de cooperación suscritos por el INFA en el año 2010, con varias organizaciones sociales, con una inversión de USD 171.668.178,19.

Añade que en los Convenios suscritos por el INFA, los desembolsos periódicos se efectuaron previa la entrega del informe de la institución ejecutora, que demostrara el cumplimiento de las actividades programadas en el convenio, y el informe técnico favorable de la unidad a cargo del monitoreo. Argumenta el informe jurídico que, al priorizar la revisión de las facturas de gastos, se desatendía la verificación técnica del avance en el cumplimiento de los objetivos de los proyectos y se retardaba la entrega de los recursos previstos en el Convenio para el siguiente periodo, afectando la atención a los niños en los Centros de Desarrollo Infantil.

El informe jurídico contenido en memorando No. 0103-DAJ-MIES/INFA-2011 de 28 de febrero de 2011, cita entre otras normas, el artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, su Reglamento y la letra j) del artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 502, publicado en el Registro Oficial No. 302 de 18 de octubre de 2010, que establece las políticas de cumplimiento obligatorio para la ejecución y gestión de los presupuestos de inversión de los ministerios, secretarías nacionales y demás instituciones que forman parte de la Función Ejecutiva.

Señala el criterio jurídico que sobre la base de las disposiciones citadas, el INFA expidió la Resolución No. 0118-DG-INFA-2010 de 9 de diciembre de 2010, cuya copia certificada ha sido remitida a pedido nuestro, por la que aprobó el Manual de Procedimientos para la Operación del Programa de Desarrollo Infantil Integral, que establece el procedimiento para la suscripción de convenios que tengan por objeto la ejecución de los proyectos sociales de inversión para el desarrollo infantil, que pueden ser ejecutados por corporaciones con finalidad social y sin fines de lucro o por instituciones de derecho público, en los que se prevé que el INFA efectúe el pago de un anticipo, mientras que los pagos correspondientes a los siguientes períodos de ejecución del proyecto, se efectúen después de que la entidad ejecutora presente las liquidaciones correspondientes.

Argumenta el informe jurídico que la preparación de un proyecto de inversión social utiliza criterios similares a los que se usan para formular un proyecto de

inversión privada, “aunque difieren en la valoración de las variables determinantes de los costos y beneficios... Socialmente, la técnica busca medir el impacto que una determinada inversión tendrá sobre el bienestar de la comunidad...En los proyectos de inversión pública, el Estado es el inversionista que coloca sus recursos para la ejecución del mismo, el Estado tiene como fin el bienestar social, de modo que la rentabilidad del proyecto no es sólo económica, sino también el impacto que el proyecto genera en la mejora del bienestar social del grupo beneficiado...”.

Agrega que partir del año 2011, se deben aplicar las disposiciones del Manual de Procedimientos para la Operación del Programa de Desarrollo Infantil Integral aprobado por el INFA, que prevé la transferencia de recursos para la ejecución de proyectos de desarrollo infantil integral, en caso de que el INFA no pueda ejecutarlos directamente y por tanto contempla la posibilidad de suscribir convenios de cooperación para la ejecución de proyectos sociales, que constituyen proyectos de inversión que desarrolla el Estado a través del INFA, en los que el control sobre los recursos que se transfieran a las organizaciones sociales debe enfocarse en la verificación del avance en el cumplimiento de los objetivos del proyecto.

El informe analiza que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no es aplicable para la ejecución de los proyectos de inversión que realiza el INFA; y, concluye que “el pago del segundo y siguientes desembolsos que realice el INFA, ya no se hallaría supeditado a la verificación financiera de todas y cada una de las facturas que por concepto de gastos en alimentación, material didáctico y otros rubros deben presentar las organizaciones, ya que las mismas (facturas) no constituyen el principal justificativo sobre el adecuado uso de los recursos proporcionados por el INFA para un período determinado, y que permita el siguiente desembolso; sino que, además de ser una obligación legal para las organizaciones, es un elemento de ejecución del proyecto, que debe ser verificado por el INFA de forma proporcional y mediante un proceso de muestreo periódico y posteriormente por los correspondientes exámenes de auditoría que realicen los Órganos de Control del Estado, como son la Contraloría General del Estado y el Servicio de Rentas Internas”.

Aclara que las Organizaciones deberán cumplir con la obligación de obtener facturas por las adquisiciones que realicen y adjuntarlas a los informes que presenten al INFA con la liquidación correspondiente, que deberá implementarse

un procedimiento financiero de control, con base en un muestreo proporcional y que en caso de detectarse inconsistencias y/o irregularidades en la verificación de las facturas, se seguirán los procedimientos respectivos, con el objeto de aplicar las sanciones y acciones a que hubiere lugar, para lo que las metodologías de control “deberán ser aprobadas por la Dirección General del Instituto, mediante la expedición de la Resolución Administrativa correspondiente”.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 1170, publicado en el Registro Oficial No. 381 de 15 de julio de 2008, se creó el Instituto de la Niñez y la Familia INFA, como una entidad de derecho público adscrito al Ministerio de Inclusión Económica y Social y de conformidad con el artículo 3 del mismo Decreto Ejecutivo, le corresponde ejecutar los planes, normas y medidas que imparte el Gobierno en materia de asistencia y protección integral a los niños y sus familias, para lo cual utiliza modelos de gestión unificados a los planes de desarrollo nacional.

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

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

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

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

De las normas transcritas se desprende que, como excepción a la prohibición establecida por el artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, las instituciones del sector público pueden realizar transferencias directas de recursos públicos a favor de personas jurídicas de derecho privado, siempre que estén destinadas exclusivamente a la ejecución de programas o proyectos de inversión en beneficio directo de la colectividad.

De otra parte, el Decreto Ejecutivo No. 502, que establece las políticas de cumplimiento obligatorio para la ejecución y gestión de los presupuestos de inversión de los ministerios, secretarías nacionales y demás instituciones que forman parte de la Función Ejecutiva e incluye entre las políticas de cumplimiento obligatorio para la ejecución y gestión de los presupuestos de inversión de los ministerios, secretarías nacionales y demás instituciones que forman parte de la Función Ejecutiva, previstas en el artículo 1, las siguientes:

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

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

l) En los programas y/o proyectos en que se prevea la contratación con el sector privado, dicha contratación y sus pagos se efectuarán mediante los mecanismos de contratación pública establecidos en la ley de la materia”.

El ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determinado por su artículo 1, está referido a los procedimientos de contratación que requieran realizar en forma directa las instituciones del sector público, para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, por lo que toda vez que el

INFA no contrata directamente bienes ni servicios, sino que suscribe convenios que estipulan transferencias de recursos por parte del INFA a organizaciones privadas, no es aplicable a tales convenios la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sino que se rigen por la excepción establecida en el artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, su Reglamento y el Decreto Ejecutivo No. 502, que establece las políticas de cumplimiento obligatorio para la ejecución y gestión de los presupuestos de inversión de los ministerios, secretarías nacionales y demás instituciones que forman parte de la Función Ejecutiva.

Los convenios entre el INFA y las personas jurídicas de derecho privado partícipes de las transferencias, deben suscribirse bajo el marco regulatorio hasta aquí referido, de conformidad con el artículo 3 del Decreto Ejecutivo No. 502, que establece las políticas de cumplimiento obligatorio para la ejecución y gestión de los presupuestos de inversión de los ministerios, secretarías nacionales y demás instituciones que forman parte de la Función Ejecutiva, para ejecutar las transferencias de recursos económicos, que regula el referido Decreto 502.

Adicionalmente, de conformidad con el segundo inciso de la letra j) del artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 502, publicado en el Registro Oficial No. 302 de 18 de octubre de 2010, previamente citado, que contiene las políticas obligatorias para la ejecución y gestión de los presupuestos de inversión de ministerios, secretarías nacionales y demás instituciones que forman parte de la Función Ejecutiva, siendo el INFA una institución de la Función Ejecutiva, tiene competencia para expedir los instructivos internos que regulen los procedimientos para la realización de las transferencias que por excepción permite efectuar el artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, para personas jurídicas de derecho privado, destinadas a la ejecución de proyectos de inversión.

Entonces, corresponde analizar el Manual de Procedimientos para la Operación del Programa de Desarrollo Infantil Integral, aprobado por el INFA mediante Resolución No. 0118-DG-INFA-2010 de 9 de diciembre de 2010, cuya copia certificada ha sido enviada en atención a nuestro requerimiento, regula en su Capítulo IV el procedimiento para la suscripción de convenios, y prevé en su artículo IV.5 las garantías que las entidades ejecutoras deben otorgar, así como las causas para la terminación del convenio (artículo IV.8) y la forma en que debe practicarse su liquidación final (artículo IV.13).

La forma de pago consta establecida en el artículo III.6 del Manual de Procedimientos para la Operación del Programa de Desarrollo Infantil Integral, que prevé:

“El MIES/INFA realizará los siguientes pagos a la entidad ejecutora:

Un primer pago o anticipo que corresponde al 40% del monto total del convenio.

Los pagos correspondientes al seguro, tercer y cuarto trimestre se efectuarán después de que la entidad ejecutora presente las liquidaciones trimestrales correspondientes. En la tercera y cuarta liquidación se procederá a amortizar el anticipo en partes iguales”.

El anexo 3 del Manual, expedido mediante Resolución No. 0118-DG-INFA-2010 de 9 de diciembre de 2010, en el acápite 3.2. prevé que para los pagos se cumplirán los siguientes requisitos:

- a) “Solicitud de desembolso por parte del representante legal de la organización.
- b) Solicitud de pago por parte del Coordinador Distrital del INFA
- c) Informe del técnico responsable avalado pro el Coordinador Distrital
- d) Informe del responsable financiero de la Coordinación distrital y provincial (cuando corresponda).
- e) Los requisitos establecidos en el correspondiente convenio/adenda.”

En materia de Garantías, el artículo IV.5 del Manual de Procedimientos para la Operación del Programa de Desarrollo Infantil Integral, prevé que la entidad ejecutora presente una garantía para asegurar el fiel cumplimiento del convenio y el buen uso del anticipo, en los siguientes términos:

“Para seguridad del cumplimiento del convenio y para responder por las obligaciones relacionadas con el convenio que contrajera a favor de terceros, la entidad ejecutora debe rendir una garantía por un monto equivalente al cinco por ciento (5%) del valor del anticipo por buen uso del anticipo y del 100% por el cumplimiento del convenio.

La entidad ejecutora se compromete a mantener vigentes las garantías entregadas hasta la suscripción del Acta de Liquidación del convenio...

El mismo artículo IV.5 del Manual prevé que serán ejecutadas las garantías en caso de terminación anticipada y unilateral del convenio; y devueltas una vez suscrita el acta de liquidación del convenio.

En cuanto se refiere a la liquidación final del convenio, el artículo IV.13 del Manual prevé que la entidad ejecutora entregará al INFA “Todos los comprobantes en copias certificadas que sustenten el movimiento de ingresos y egresos”. El mismo artículo dispone que el cierre y liquidación constarán en acta suscrita por las partes del convenio, y que “Para el caso de devolución de los saldos de los recursos entregados por el INFA que, por cualquier causa, no hayan sido utilizados en la ejecución del convenio o en su reprogramación, deberán ser restituidos al INFA mediante depósito en la cuenta que para el efecto señale el instituto...”.

El anexo 3 del Manual de Procedimientos para la Operación del Programa de Desarrollo Infantil Integral, prevé el informe del responsable financiero de la Coordinación Distrital, sobre la “calidad y pertinencia del gasto”. En el numeral 5.1. “Proceso Financiero” se prevé que el control se efectiviza el momento de realizar las liquidaciones económicas de cada periodo, así como la liquidación final; y prevé que “se realizarán visitas a las unidades de atención aleatoriamente, para supervisar la parte financiera. Los Responsables Financieros de las Coordinaciones Distritales realizarán visitas para determinar la calidad del gasto efectuado por parte de la organización ejecutora... el alcance de esta visita incluirá la revisión de las facturas, menajes, visitas al proveedor, cobertura, alimentación, material fungible y aseo y didáctico...”.

De las normas del Manual de Procedimientos para la Operación del Programa de Desarrollo Infantil Integral y sus anexos, expedido mediante Resolución Administrativa No. 0118-DG-INFA-2010, se desprende que, para efectos del control y seguimiento financiero del uso de los recursos públicos que el INFA transfiere a las organizaciones ejecutoras sobre la base de la excepción establecida por el artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, se ha previsto en forma expresa la obligación del INFA de verificar la calidad del gasto efectuado por la organización ejecutora, y que dicha verificación incluye la revisión de facturas.

De otra parte, es pertinente considerar que de conformidad con el segundo inciso del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado,

“Los recursos públicos no pierden su calidad de tales al ser administrados por corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de derecho privado”; y, que según el artículo 4 de la misma Ley, “están sometidas al control de la Contraloría General del Estado, las personas jurídicas y entidades de derecho privado, exclusivamente sobre los bienes, rentas u otras subvenciones de carácter público de que dispongan, cualesquiera sea su monto, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 211 de la Constitución Política de la República”.

En consecuencia, si bien por la excepción establecida en el artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y su Reglamento, en concordancia con el Decreto Ejecutivo No. 502, que establece las políticas de cumplimiento obligatorio para la ejecución y gestión de los presupuestos de inversión de los ministerios, secretarías nacionales y demás instituciones que forman parte de la Función Ejecutiva, el INFA puede efectuar transferencias de recursos públicos para proyectos de inversión a ser desarrollados por organizaciones del sector privado, dichos recursos conservan su carácter de públicos y por tanto su gestión está sujeta al control de la Contraloría General del Estado, de conformidad con los artículos 3 y 4 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, citados en líneas anteriores, sin perjuicio de la verificación que compete efectuar al INFA de conformidad con el Manual expedido por ese Instituto y sus anexos, en forma previa a efectuar los respectivos pagos, pues de otra forma, el INFA no estaría en condiciones de suscribir la correspondiente acta de liquidación final del convenio, de conformidad con el artículo IV.13 del citado Manual.

Al ser el INFA una entidad de la Función Ejecutiva, está incluido en el ámbito de aplicación del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, según su artículo 2.

El artículo 81 de citado Estatuto, prevé que los actos normativos serán expedidos por el respectivo órgano competente, y que la iniciativa para su expedición deberá ir acompañada de los estudios e informes necesarios que justifique su legitimidad y oportunidad.

El artículo 84 del mismo Estatuto, dispone que la competencia administrativa es la medida de la potestad que corresponde a cada órgano administrativo. La competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos que la tengan

atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se ejerzan en la forma prevista en ese estatuto.

Mediante Resolución Administrativa No. 0165-DG-INFA-2011 de 28 de enero de 2011, el INFA reformó la Resolución Administrativa No. 118-DG-INFA-2010, de 9 de diciembre de 2010, relativa al Manual de Procedimientos para la Operación del Programa de Desarrollo Infantil Integral y de conformidad con el artículo 26 de la Resolución citada en último términos, resolvió “Reemplazar el Anexo 3 LINEAMIENTOS TÉCNICOS FINANCIEROS PARA EL PAGO Y LIQUIDACIÓN DE CONVENIOS DE DESARROLLO INFANTIL, por documento adjunto que forma parte de éste instrumento denominado ANEXO 3 LINEAMIENTOS TÉCNICOS FINANCIEROS PARA EL PAGO Y LIQUIDACIÓN DE CONVENIOS DE DESARROLLO INFANTIL”.

El Anexo 3 que contiene los Lineamientos Técnicos Financieros para el Pago y Liquidación de Convenios de Desarrollo Infantil, sustituido mediante Resolución Administrativa No. 0165-DG-INFA-2011 de 28 de enero de 2011.

En atención a los términos de su consulta se concluye que los convenios cuyo objeto sea el desarrollo de proyectos de inversión social en beneficio directo de la colectividad, que estipulen transferencias de recursos por parte del INFA a organizaciones privadas, en aplicación de la excepción establecida por el artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y su Reglamento de aplicación, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 544 de 11 de noviembre del 2010, se hallan sujetos al Manual de Procedimientos para la Operación del Programa de Desarrollo Infantil Integral, aprobado por el INFA mediante Resolución No. 0118-DG-INFA-2010 de 9 de diciembre de 2010 y reformado mediante Resolución Administrativa No. 0165-DG-INFA-2011 de 28 de enero de 2011.

El procedimiento específico que el INFA debe observar para efectuar el pago y liquidación de las transferencias directas de recursos públicos que realiza ese Instituto a favor de personas jurídicas de derecho privado, para la ejecución de los proyectos de inversión social de desarrollo infantil y protección especial, es el establecido en el referido Manual de Procedimientos para la Operación del Programa de Desarrollo Infantil Integral, que es un acto normativo expedido por ese Instituto.

En consecuencia la determinación de la conveniencia de reformar dicho Manual con el propósito de modificar los mecanismos de control previo al pago de los desembolsos estipulados en los Convenios, compete a ese Instituto, bajo su exclusiva responsabilidad, de conformidad con los artículos 84 y 81 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, considerando al efecto que tratándose de recursos públicos, debe existir un escrupuloso control sobre su uso al momento de realizar la liquidación de los Convenios, y sin perjuicio del control que corresponde a la Contraloría General del Estado de conformidad con el artículo 4 de su Ley Rectora.

Adicionalmente a lo expuesto, en el caso de que las entidades de derecho privado que reciben recursos por parte del INFA, contraten o adquieren bienes o servicios previstos en el inciso primero del artículo 1 de la Ley Orgánica de Contratación Pública, deberán considerar lo previsto en el numeral 7 del mismo artículo, que dispone:

“Art. 1.- Objeto y Ámbito.- Esta Ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen:

7. Las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles en cualquiera de los siguientes casos: a) estén integradas o se conformen mayoritariamente con cualquiera de los organismos y entidades señaladas en los números 1 al 6 de este artículo o, en general por instituciones del Estado; b) que posean o administren 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 se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato”.

En base de la norma anteriormente citada, se deberá tener en cuenta que las personas jurídicas de derecho privado que reciban recursos públicos para la ejecución de proyectos de inversión social en beneficio directo de la colectividad,

sean estas corporaciones, fundaciones o sociedades civiles, que estén integradas o se conformen mayoritariamente con cualquiera de los organismos, entidades o instituciones del Estado; o, que posean o administren 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 se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato, estarán sujetas al ámbito de la Ley Orgánica del Sistema Nacional Contratación pública; caso contrario, se sujetarán a sus propias normas de contratación.

OF. PGE. N°: 02091, de 02-06-2011

DIETAS: COMISIONES TÉCNICAS

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO PROVINCIAL DE COTOPAXI

CONSULTA:

“¿Deben o no los funcionarios o empleados públicos del Gobierno Provincial de Cotopaxi que conforman las comisiones técnicas para llevar a cabo las distintas contrataciones previstas en el LOSNCP y su Reglamento, ganar dietas por las sesiones que realizan estas comisiones?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 229.

Mandato Constituyente N° 2 Art. 7.

Ley Orgánica del Servicio Público Art. 125.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Art. 354.

Ley Orgánica de la Función Legislativa Disp. Especial Cuarta.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Arts. 42 y 49; y, 18 y 19 de su Reglamento.

Reglamento Sustitutivo para el Pago de Dietas a los Miembros de Consejos, Directorios, Juntas, Comités o Cuerpos Colegiados Arts. 2 y 3.

PRONUNCIAMIENTO:

En el informe jurídico institucional, constante en el oficio No. 492-2010-GPC-PS de 7 de diciembre de 2010, el Procurador Síndico del Gobierno Provincial de Cotopaxi, fundamentado en los artículos: 229 de la Constitución de la República, 7 del Mandato Constituyente No. 2; 125 de la Ley Orgánica del Servicio Público; y, 354 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, manifiesta que dicho gobierno municipal se encuentra en una disyuntiva legal, en cuando a la aplicación de las citadas normas en razón de que por un lado existe la “permisibilidad de que los funcionarios y empleados de las entidades que integran el régimen seccional autónomo, entre ellos los gobiernos provinciales y que integren cuerpos colegiados, tiene derecho a recibir dietas por cada sesión, esto según lo dispone el Art. 7 del Mandato Constituyente No. 2 expedido por la Asamblea Constituyente con fecha 24 de enero de 2008; y por otro lado la prohibición implícita y tácita para que estos funcionarios y empleados cobren dietas según el Art. 125 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que no los considera y que fue aprobada justamente eliminando esta posibilidad del proyecto original”.

Concluye el Procurador Síndico del Consejo Provincial de Cotopaxi, que: “para efectos exclusivamente de esta consulta, que debería primar por jerarquía el Mandato Constituyente No. 2 antes que la disposición secundaria establecida en la Ley Orgánica del Servicio Público, al amparo de lo previsto en el Art. 424 y siguientes de la Constitución de la República del Ecuador, asimilando a los mandatos como normas constitucionales, por lo tanto deberían los funcionarios y empleados que integran las comisiones técnicas conformadas para tramitar los distintos proceso establecidos en la LONCCP y su Reglamento, percibir dietas por cada sesión en donde actúen”.

En materia de dietas, el artículo 7 del Mandato Constituyente No. 2, dispone:

“Art. 7.- Dietas.- Los dignatarios, magistrados y funcionarios de las entidades e instituciones establecidas en el artículo 2 de este Mandato, que fueren designados para integrar cuerpos colegiados en calidad de vocales, representantes o miembros, tendrán derecho a percibir dietas, las cuales no podrán exceder del cincuenta por ciento (50%) de un salario básico unificado para los trabajadores en general del sector privado, por sesión. Y en ningún caso, sumadas a su remuneración mensual unificada no podrá exceder del máximo establecido en el artículo 1.

Las personas que no percibieren ingresos mensuales permanentes del Estado y que fueren designados para integrar cuerpos colegiados en calidad de vocales, representantes o miembros, tendrán derecho a percibir dietas, las cuales no podrán exceder de un salario básico unificado para los trabajadores en general del sector privado, por sesión.

Los gobiernos seccionales autónomos se registrarán para el cobro de dietas, por sus correspondientes leyes orgánicas”.

Conforme se desprende de la norma transcrita, el Mandato 2 estableció límites al pago de dietas en el sector público, materia regulada por la derogada LOSCCA.

La Disposición Especial Cuarta de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, prevé que los Mandatos expedidos por la Asamblea Constituyente, están en plena vigencia, y que para su reforma se adoptará el procedimiento previsto en la Constitución de la República para las leyes orgánicas.

De conformidad con el primer inciso del artículo 42 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la Comisión Técnica se debe integrar en cada caso, para llevar adelante los procesos precontractuales sujetos a esa Ley, y deberá actuar de conformidad con los pliegos aprobados para el efecto. Agrega la norma que, de ser necesario, se podrán conformar una o más subcomisiones de apoyo a la Comisión Técnica. En similares términos, el artículo 49 de la citada Ley Orgánica, prevé la conformación de la Comisión Técnica requerida para la tramitación del procedimiento de licitación, así como para la elaboración de los respectivos pliegos.

El artículo 18 del vigente Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina la conformación de las Comisiones Técnicas para los procesos de contratación de Consultoría por lista corta o por concurso público; subasta inversa, licitación y cotización, estableciendo la forma en que se compone la Comisión y previendo que sus miembros “serán funcionarios o servidores de la entidad contratante”, salvo que la entidad no cuente en su nómina con un profesional afín al objeto de la contratación, caso en el cual, se podrá contratar uno para que integre de manera puntual y específica la respectiva Comisión Técnica.

Atento el contenido de las disposiciones analizadas, se desprende que las Comisiones Técnicas son responsables de los procedimientos precontractuales que establece la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; que se integran por funcionarios o servidores de la entidad contratante; y, que tienen competencias específicas determinadas en esa Ley y su Reglamento.

La Procuraduría General del Estado se ha pronunciado en forma reiterada, en el sentido de que para efectos de la aplicación del Mandato 2 y el pago de dietas, no se consideran cuerpos colegiados, aquellos órganos que puedan integrarse en forma facultativa y no obligatoria, como las subcomisiones de apoyo a las que se refiere el artículo 19 del vigente Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Por su parte, la Resolución de la extinguida SENRES No. 102, que contiene el Reglamento Sustitutivo para el Pago de Dietas a los Miembros de Consejos, Directorios, Juntas, Comités o Cuerpos Colegiados en general, dispone:

“Art. 2.- Los miembros de los cuerpos colegiados designados como representantes de las instituciones, entidades y organismos contempladas en el Art. 1 de este reglamento, o aquellos miembros que no percibieren ingresos del Estado y sean designados como representantes o vocales a consejos, directorios, juntas, comités o cuerpos colegiados en general de las instituciones del Estado, tendrán derecho a percibir un reconocimiento pecuniario por concepto de dietas, exceptuándose de este pago a aquellos miembros que por mandato legal o disposición de la autoridad competente, integren estos cuerpos colegiados y que presten sus servicios regularmente en la misma institución”.

Con posterioridad a la mencionada Resolución No. 102 de la ex SENRES que exceptúa del pago de dietas a los miembros de los cuerpos colegiados que presten servicios regularmente en la misma institución, fue expedido el Mandato Constituyente No. 2, que además, por su mayor rango prevalece respecto de la citada Resolución de la SENRES. El artículo 7 del Mandato Constituyente No. 2, no realiza excepción alguna para efectos del pago de dietas, respecto a los servidores y funcionarios que deban integrar cuerpos colegiados y presten servicios regularmente en la misma institución, lo cual torna inaplicable la excepción del artículo 2 de la mencionada Resolución SENRES, manteniéndose vigentes sus demás disposiciones.

El artículo 3 de la mencionada Resolución de la SENRES, prevé que la dieta será el equivalente al cero punto veinte y siete 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.

Del análisis que precede se concluye, que la Resolución No. 102 de la extinguida SENRES, actual Viceministerio del Servicio Público del Ministerio de Relaciones Laborales, en cuanto se refiere a la determinación del valor de la dieta, establece un valor determinado o fijo, mientras que el artículo 7 del Mandato Constituyente No. 2, determina que los valores que se paguen por tal concepto no pueden exceder de los límites que allí se señalan.

Sin embargo, es pertinente considerar que el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, entre otras leyes, derogó en forma expresa a la Ley Orgánica de Régimen Provincial, y en su artículo 358 regula únicamente el pago de dietas a los miembros de los órganos legislativos de los gobiernos regionales, provinciales, metropolitanos y municipales; mientras que con respecto a los servidores públicos de cada gobierno autónomo descentralizado, el artículo 354 del mismo Código, dispone que se “regirán por el marco general que establezca la ley que regule el servicio público y su propia normativa”, esto es por la Ley Orgánica del Servicio Público, cuyos artículos 117 y 125, en su orden, en materia de dietas, disponen:

“Art. 117.- Prohibición de pluriempleo y de percibir dos o más remuneraciones.- Sin perjuicio de lo prescrito por la Constitución de la República, a ningún título, ni aún el de contrato de servicios ocasionales, comisión u honorarios; una autoridad, servidora o servidor percibirá dos o más remuneraciones provenientes de funciones, puestos o empleos desempeñados en las entidades y organismos contemplados en el artículo 3 de esta ley, lo cual incluye a los servidores públicos que por designación o delegación formen parte de cuerpos colegiados por lo que no se procederá al pago de dietas por su participación en los mismos ni al otorgamiento de ningún otro beneficio adicional...”.

“Art. 125.- De las dietas.- Aquellos miembros, que no percibieren ingresos del Estado y que fueran designados como representantes o vocales a 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”.

Por tanto, a partir de la promulgación de la Ley Orgánica del Servicio Público, que por ser posterior prevalece respecto del artículo 7 del Mandato 2, los servidores públicos que sean designados para integrar cuerpos colegiados, al percibir remuneración ya no tienen derecho al pago de dietas, en aplicación de la norma del artículo 117 de la Ley Orgánica del Servicio Público. Este derecho se mantiene exclusivamente para aquellos miembros que no perciben ingresos del Estado, designados como representantes o vocales a directorios, juntas, comités o cuerpos colegiados en general, de las instituciones del Estado, de conformidad con el artículo 125 *ibidem*, correspondiéndole al Ministerio de Relaciones Laborales, expedir la regulación pertinente para este caso, conforme lo dispone el mismo artículo.

En tal virtud, en atención a los términos de su consulta, a partir de la expedición de la Ley Orgánica de Servicio Público, aplicable a los gobiernos seccionales autónomos, los funcionarios o empleados públicos del Gobierno Provincial de Cotopaxi que conforman las comisiones técnicas para llevar a cabo las distintas contrataciones previstas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, no tienen derecho al pago de dietas por las sesiones que realizan estas comisiones.

OF. PGE. N°: 00486, de 14-01-2011

DIETAS: DIGNATARIOS DE ELECCIÓN POPULAR QUE CONFORMAN DIRECTORIOS DE FEDERACIÓN DEPORTIVA

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN LAGO AGRIO

CONSULTAS:

1. “¿Cuál norma es jerárquicamente superior respecto del derecho a percibir dietas por cada sesión a la que asistieren los dignatarios de elección popular de los gobiernos autónomos descentralizados; la que autoriza el Art. 358 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, o la que prohíbe el ejercicio de este derecho y que se expresa en los artículos 12, 13 y 125 de la Ley Orgánica del Servicio Público?”.
2. “¿Los dignatarios de elección popular: Alcaldes Consejeros y Concejales, tienen derecho a percibir dietas por cada sesión a la que asistieren en los directorios de las Federaciones Deportivas Provinciales de su Jurisdicción?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 425.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 1 y 358.

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 2, 96, 123; y, 260 de su Reglamento.

Ley de Cultura Física, Deportes y Recreación Art. 32 lit. d) (derogada).

Ley del Deporte, Educación Física y Recreación Art. 36 lit. f); y, 36 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. La Constitución de la República en el artículo 425, establece que el orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: “La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los derechos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”. Agrega la disposición: “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”.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, en el artículo 1 prescribe: “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 política y mecanismos para compensar los desequilibrios en el desarrollo territorial”.

La Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, en el artículo 2 determina: “Objetivo.- El servicio público y la carrera administrativa tienen como objetivo propender al desarrollo profesional, técnico y personal de las y los servidores públicos, para lograr el permanente mejoramiento, eficiencia, eficacia, calidad, productividad del Estado y de sus instituciones, mediante la conformación, el funcionamiento y desarrollo de un sistema de gestión del talento humano sustentado en la igualdad de derechos, oportunidades y la no discriminación”.

De las normas citadas, se desprende que el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización regula el régimen de los diferentes niveles de los gobiernos autónomos descentralizados y regímenes especiales; en tanto que la Ley Orgánica del Servicio Público regula el servicio civil y la carrera administrativa de los funcionarios y servidores de las instituciones del Estado.

El inciso segundo del artículo 358 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, con relación a los miembros de los órganos legislativos de los gobiernos regionales, metropolitanos, municipales y parroquiales rurales, dispone lo siguiente:

“Cuando estos dignatarios fueren delegados para integrar en calidad de vocales, representantes o miembros, de cuerpos colegiados de fuera del seno del órgano legislativo al que pertenecen, tendrán derecho a percibir dietas por cada sesión a la que asistieren; en ningún caso, la suma total mensual de estas dietas podrá exceder del cincuenta por ciento de su remuneración mensual. La máxima autoridad de dichos cuerpos colegiados, dispondrá, previa a la presentación de la factura respectiva, el pago de estas dietas”.

De la norma citada, se establece que los concejales tienen derecho a percibir dietas cuando deban integrar en calidad de vocales, representantes o miembros de cuerpos colegiados de fuera del seno del órgano legislativo al que pertenecen, sin que el total que perciban mensualmente por este concepto pueda superar el cincuenta por ciento de la remuneración mensual a la que tengan derecho. Para efectos de percibir tales dietas deberán presentar la respectiva factura.

A partir de la promulgación del COOTAD, ha variado el régimen legal aplicable a la retribución de los concejales, pues las dietas que percibían por su participación en el Concejo Cantonal, han sido sustituidas por la remuneración mensual unificada que establece el inciso primero del artículo 358 del citado COOTAD. Por ello es pertinente aclarar que en el caso de que los concejales deban cumplir actividades relacionadas con sus funciones oficiales en lugares distintos de aquel en que ejercen su dignidad, no procede el pago de dietas, sino de viáticos o subsistencias.

2. Respecto a los Directorios de las Federaciones Deportivas Provinciales mencionado en su consulta, debo manifestarle que la Ley de Cultura Física,

Deportes y Recreación, (derogada por la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación) en el artículo 32 letra d) establecía que el Directorio de las Federaciones Deportivas Provinciales se integraba entre otros, por un concejal, representante del concejo cantonal de la capital de la provincia.

De lo expuesto se desprende que, mientras se encontraba vigente la anterior Ley del Deporte, Educación Física y Recreación, el Directorio de las Federaciones Deportivas Provinciales se integraba, entre otros miembros, por un concejal perteneciente al concejo cantonal de la capital de la provincia.

La vigente Ley del Deporte, Educación Física y Recreación, en el artículo 36 dispone que el Directorio de las Federaciones Deportivas Provinciales sujetas al Régimen de Democratización y Participación será conformado, entre otros por: “f) Un representante de los gobiernos autónomos descentralizados que conforman el Consejo Provincial, elegido de entre los alcaldes cantonales de la provincia. En el caso de Galápagos se lo elegirá el Consejo de Gobierno”.

El Reglamento General a la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación, en el artículo 36 dispone que quienes conformen el Directorio de las Federaciones Deportivas Provinciales, de acuerdo a lo establecido en la letra f) del artículo 36 de la Ley, “deberán tener como respaldo de su designación una resolución motivada de la máxima autoridad de cada una de las instituciones señaladas en dicho artículo”.

En consecuencia de lo expuesto, debo indicarle que el Directorio de las Federaciones Deportivas Provinciales se integra entre otros, por un representante de los gobiernos autónomos descentralizados que conforman el Consejo Provincial, elegido entre los alcaldes cantonales de la provincia, que cuenten con el respaldo de la máxima autoridad de las instituciones señaladas en el artículo 36 de la Ley del Deporte, Educación Física y recreación.

Con esta aclaración, atiendo la segunda consulta manifestando que el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en el artículo 358 inciso cuarto dispone:

“Los alcaldes o alcaldesas o sus delegados, no percibirán dietas, viáticos o subsistencias por su participación en las sesiones del consejo provincial, por parte de éste organismo. El gobierno municipal respectivo pagará viáticos por

las sesiones en los que el ejecutivo o su delegado les representen en el consejo provincial. En caso que le corresponda representar a este nivel de gobierno en su condición de consejero provincial recibirá los viáticos o subsistencias del gobierno provincial”.

La disposición legal anteriormente citada, con relación a los alcaldes o sus delegados establece que cuando estos actúen en el Consejo Provincial en representación de un Municipio, como en este caso del Municipio de Lago Agrio, el gobierno municipal debe pagar viáticos por las sesiones en que participan como delegados del Municipio en el cuerpo colegiado provincial. En caso que les corresponda a los alcaldes o delegados representar a este nivel de gobierno (consejo provincial) en su condición de consejero provincial recibirá los viáticos o subsistencias del gobierno provincial y no del Municipio de Lago Agrio.

El artículo 96 de la Ley Orgánica del Servicio Público, establece que la remuneración mensual unificada resulta de dividir para doce la suma de todos los ingresos anuales que los dignatarios, autoridad, funcionarios y servidores a que tenga derecho y que se encuentren presupuestados. La misma norma prescribe que: “En esta remuneración mensual unificada no se sumarán aquellos ingresos que correspondan a los siguientes conceptos: c) Viáticos, subsistencias...”.

El artículo 123 de la misma Ley Orgánica del Servicio Público, dispone que: “La reglamentación para el reconocimiento y pago de viáticos, movilizaciones y subsistencias será expedida mediante Acuerdo del Ministerio de Relaciones Laborales de conformidad con la Ley”.

El artículo 260 del Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Público, define al viático como el estipendio monetario o valor diario que por necesidades de servicios institucionales, reciben los servidores públicos destinado a sufragar los gastos de alojamiento y alimentación que se ocasionen durante el cumplimiento de servicios institucionales cuando por la naturaleza del trabajo, deban pernoctar fuera de su domicilio habitual de trabajo. En caso de que la institución corra directamente con algunos de estos gastos se descontará de los respectivos viáticos conforme la reglamentación que expida mediante Acuerdo del Ministerio de Relaciones Laborales.

Este Organismo ya se ha pronunciado en el sentido de que: “hasta que el Ministerio de Relaciones Laborales expida la reglamentación para el reconocimiento y pago

de viáticos, movilizaciones y subsistencias, conforme al citado artículo 123 de la Ley Orgánica del Servicio Público, continúa siendo aplicable el “Reglamento para el Pago de Viáticos, Movilizaciones, Subsistencias y Alimentación para el cumplimiento de Licencia de Servicios Institucionales”, publicado en el Registro Oficial No. 575 de 22 de abril del 2009; y, el “Reglamento para el Pago de Viáticos en el Exterior para Dignatarios, Autoridades, Funcionarios y Servidores del Sector Público”, publicado en el Registro Oficial No. 2 de 12 de agosto de 2009”, que establece los casos en que procede el pago de viáticos, movilización, subsistencias y alimentación, a favor de los servidores públicos, en cumplimiento de licencia de servicios institucionales.

Del análisis jurídico que precede se desprende que los Concejales Cantonales, como dignatarios de elección popular, además de su remuneración mensual unificada establecida en la forma determinada por el artículo 358 del COOTAD, podrían percibir viáticos o subsistencias, según el caso, si en esa calidad deben trasladarse temporalmente para cumplir actividades relacionadas con el ejercicio de sus cargos a lugares distintos de aquel en que ejercen esa dignidad habitualmente, siempre que se cumplan las circunstancias establecidas en los Reglamentos que se han citado en este pronunciamiento; y, siempre que los gastos por tal concepto no sean cubiertos por otros organismos. La procedencia del pago en cada caso, corresponde determinar bajo su exclusiva responsabilidad a los personeros de esa Municipalidad, conforme consta en el oficio No. 00477 de 14 de enero de 2011, anteriormente mencionado.

En virtud de lo expuesto, teniendo en cuenta que el artículo 36 letra f) de la vigente la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación, dispone que el Directorio de las Federaciones Deportivas Provinciales se integra entre otros miembros, por un representante de los gobiernos autónomos descentralizados que conforman el Consejo Provincial, elegido entre los alcaldes cantonales de la provincia, se concluye que dicho representante tiene derecho al pago de viáticos o subsistencias que correspondan (y no de dietas) a cargo del Consejo Provincial, de conformidad con el inciso cuarto del artículo 358 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y el artículo 260 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, siempre y cuando en ejercicio de la representación del Gobierno Provincial, se trasladen a un lugar distinto de aquel en que ejercen la función de consejeros provinciales.

En este sentido me pronuncié con motivo de la consulta formulada por el Alcalde de Taisha en la segunda pregunta contenida en el oficio No. 1548 de 27 de abril del 2011.

OF. PGE. N°: 01779, de 13-05-2011

DIETAS: MIEMBROS DEL CONCEJO CANTONAL DE LA NIÑEZ DE OTRA JURISDICCIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN CUMANDÁ

CONSULTAS:

1. “Si los 3 miembros que conforman el Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia pueden percibir dietas, si pertenecen a otra jurisdicción cantonal”.
2. “Si los mismos, pueden o no seguir perteneciendo al CCNA-C (Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia del Cantón Cumandá), ya que estos pertenecen a otra provincia”.
3. “Si es procedente se realice la revocatoria de los nombramientos de los 3 miembros que no pertenecen a la jurisdicción del Cantón Cumandá”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 242, 253

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 10 y 20.

Código de la Niñez y Adolescencia Arts. 2, 192 num. 1, 194, 201 y 203.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. La Constitución de la República en el Art. 242, dispone que el Estado se organiza territorialmente en regiones, provincias, cantones y parroquias rurales.

El Art. 253 de la Carta Constitucional, expresa que cada cantón tendrá un concejo cantonal, integrado por la alcaldesa o alcalde y las concejalas y concejales elegidos por votación popular, entre quienes se elegirá una vicealcaldesa o vicealcalde; agrega que la alcaldesa o el alcalde será su máxima autoridad administrativa y lo presidirá con voto dirimente.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de

2010, en el Art. 10, señala que el Estado ecuatoriano se organiza territorialmente en regiones, provincias, cantones y parroquias rurales; y, al tenor del Art. 20, los cantones son circunscripciones territoriales conformadas por parroquias rurales y la cabecera cantonal con sus parroquias urbanas, señaladas en la respectiva ley de creación, y por las que se crearen con posterioridad, de conformidad con la presente ley.

El Art. 192 numeral 1 del Código de la Niñez y Adolescencia, determina el Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, que está integrado por tres niveles: 1. “Organismos de definición, planificación, control y evaluación de políticas”, entre los que se establece la letra a) El Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, y en la letra b) Los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia. El inciso final del Art. 194, prevé que las decisiones del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia son de carácter obligatorio para todas las instancias componentes del Sistema; y, en el Art. 195 letra c), entre las funciones del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia consta la de formular las directrices generales a nivel nacional, para la organización del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral y coordinar su aplicación con los Concejos Cantonales.

En el Art. 201 del Código de la Niñez y Adolescencia, se determina que los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia son organismos colegiados de nivel cantonal, integrados paritariamente por representantes del Estado y de la sociedad civil, encargados de elaborar y proponer políticas locales al Concejo Cantonal; que gozan de personería jurídica de derecho público y de autonomía orgánica, funcional y presupuestaria; que están presididos por los Alcaldes, que serán sus representantes legales; y, que contarán con un Vicepresidente, que será elegido de entre los representantes de la sociedad civil, quien subrogará al Presidente en caso de ausencia de éste.

Por su parte el Art. 203 del Código citado establece, que los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia se constituirán e integrarán de acuerdo a las normas y procedimientos establecidos por cada Gobierno Municipal, en el marco de las disposiciones generales aprobadas por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia.

El Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia con fecha 17 de septiembre de 2008, expidió la Resolución No. 031- CNNA- 2008, publicada en el Suplemento

del Registro Oficial No. 442 de 8 de octubre de 2008, que está vigente y que contiene la Directriz para la conformación de los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia, que en el Art. 2 dispone lo siguiente:

“Art. 2.- Ámbito de aplicación.-

Conforme lo previsto en el último inciso del Art. 194 del Código de la Niñez y Adolescencia, las decisiones emanadas del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia son de carácter obligatorio para todas las instancias componentes del Sistema; por lo tanto, las disposiciones previstas en las presentes directrices se aplicarán de manera obligatoria en todo el territorio nacional”.

El Art. 5 de la Resolución *ibídem* determina:

“Art. 5.- Obligatoriedad de la conformación del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia

Conforme a lo previsto en el Código de la Niñez y Adolescencia, la conformación de los concejos cantonales es responsabilidad del Gobierno Municipal”.

El Art. 11 de la Resolución No. 031- CNNA- 2008 en mención, dispone:

“Art. 11. Criterios para la integración del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia

Para la integración de los concejos cantonales de la niñez y adolescencia, cada Municipalidad deberá señalar con claridad en la ordenanza el número de integrantes y de qué organismos o sectores provienen.

1. Para la integración de los representantes del Estado, deberá tomarse en cuenta que sean autoridades cantonales relacionadas con temas de la niñez y adolescencia y que tengan capacidad de decisión en el territorio del cantón.
2. Para la integración de los representantes de la sociedad civil, deberá asegurarse que representen a colectivos o sectores y comunidades y que se domicilien en el territorio del cantón”.

El Art. 12 de la misma Resolución, en cuanto al tiempo de duración de los miembros del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia, y respecto a los representantes del Estado, en el numeral 1, señala que éstos durarán el período por el cual ocupen su cargo en las instituciones del sector público, debiendo por

lo menos cada cuatro años ratificar su representación ante el Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia.

Respecto de los Representantes de la Sociedad Civil, el referido Art. 12 de la Resolución No. 031- CNNA- 2008 citada, en el numeral 1, expresa que en la ordenanza se establecerá con claridad el período de duración de los representantes de la sociedad civil, no pudiendo ser inferior de dos años ni superior a cuatro años; y, en el numeral 3, establece que dichos representantes deben tener su domicilio en la jurisdicción territorial del Concejo para el cual serán elegidos.

En el Art. 14 de la mencionada Resolución No. 031 – CNNA- 2008, respecto a las Obligaciones y responsabilidades de los miembros del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia, manifiesta que los miembros del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia tienen la calidad de dignatarios públicos, por lo tanto están sujetos a las obligaciones y responsabilidades previstas en la Constitución de la República para los dignatarios, autoridades, funcionarios y servidores públicos.

Agrega el Art. 14 de la referida Resolución, que los miembros del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia al momento de su posesión deberán presentar una declaración juramentada de no incurrir en las causales especiales de inhabilidades e incompatibilidades previstas en el Reglamento al Código de la Niñez y Adolescencia y en las propias ordenanzas.

La Municipalidad del Cantón Cumandá con fecha 10 de diciembre de 2008, expidió la Ordenanza para la Conformación, Funcionamiento de los Organismos del Sistema de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en el Cantón Cumandá, que en el Art. 3, conformó el Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia de Cumandá como un organismo colegiado de nivel cantonal, integrado paritariamente por representantes del Estado y la Sociedad Civil, que goza de personería jurídica de derecho público, de autonomía orgánica funcional y presupuestaria.

En el Art. 4 de la referida Ordenanza, se integra el Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia de Cumandá, paritariamente con cinco miembros representantes del Estado y cinco miembros de la Sociedad Civil.

En el Art. 7 de la Ordenanza en estudio, se establece que la presidencia del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia, será ejercida por el Alcalde del

cantón Cumandá o su delegado, quien será su representante legal, que contará con un vicepresidente que será elegido de entre los delegados de la sociedad civil, quien deberá residir en la ciudad de Cumandá por lo menos dos años; y, reemplazará al presidente en su ausencia.

Con fecha 8 de junio de 2009, la Municipalidad de Cumandá expidió el Reglamento Transitorio de Elecciones de los Miembros de la Sociedad Civil al Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia de Cumandá, en el Art. 7 numeral 1, entre los requisitos para la elección de los miembros de la sociedad civil del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia, le señala ser ecuatoriano/a y/o tener más de dos años de residencia en el cantón.

El Concejo de la Niñez y Adolescencia del Cantón Cumandá, mediante la Resolución No. 002- 2010 de 31 de marzo de 2010, expidió el Reglamento Interno del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia de Cumandá, que en el Art. 3 dispone que tendrá su sede en la ciudad de Cumandá, con jurisdicción a nivel cantonal; y, en el Art. 4 del Reglamento Interno mencionado, se establece que para el cumplimiento de sus funciones, el Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia se regirá por los principios y disposiciones de la Constitución de la República, los Instrumentos Jurídicos Internacionales, el Código de la Niñez y Adolescencia y sus Reglamentos, la Ordenanza que regula y organiza el funcionamiento del Sistema de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia del Cantón Cumandá y las directrices emanadas del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia.

Con relación al tema de dietas que es objeto de su consulta, el Art. 56 del Reglamento Interno del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia de Cumandá, expresa que los miembros del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia de Cumandá que participen en las sesiones del organismo con voz y voto, tendrán derecho a recibir el pago de dietas, las que se pagarán de acuerdo al Reglamento que para el efecto apruebe ese Concejo en el marco de las disposiciones generales aprobadas por el Ministerio de Relaciones Laborales-ex SENRES.

La Ley Orgánica del Servicio Público, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010, en el Art. 117 dispone:

“Artículo 117.- Prohibición de pluriempleo y de percibir dos o más remuneraciones.- Sin perjuicio de lo prescrito por la Constitución de la República, a ningún título,

ni aún el de contrato de servicios ocasionales, comisión u honorarios; una autoridad, servidora o servidor percibirá dos o más remuneraciones provenientes de funciones, puestos o empleos desempeñados en las entidades y organismos contemplados en el artículo 3 de esta ley, lo cual incluye a los servidores públicos que por designación o delegación formen parte de cuerpos colegiados por lo que no se procederá al pago de dietas por su participación en los mismos ni al otorgamiento de ningún otro beneficio adicional”.

El Art. 125 de la Ley Orgánica del Servicio Público, señala lo siguiente:

“Artículo 125.- De las dietas.- Aquellos miembros, que no percibieren ingresos del Estado y que fueran designados como representantes o vocales a 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”.

Por consiguiente, en atención a la normativa señalada en los artículos 201 y 203 del Código de la Niñez y Adolescencia, que expresan que los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia son organismos colegiados de nivel cantonal integrados paritariamente por representantes del Estado y la Sociedad Civil, que se constituyen de acuerdo con las normas y procedimientos establecidos por cada Gobierno Municipal en el marco de las disposiciones generales aprobadas por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia; y, de los artículos 11 numeral 2 y 12 numeral 3 (referido a los representantes de la sociedad civil), de la Resolución No. 031 – CNNA- 2008, expedida por el mencionado Consejo Nacional, cuyo cumplimiento es obligatorio a nivel nacional, conforme el Art. 2 de dicha Resolución, los cuales establecen que los miembros de la sociedad civil deben estar domiciliados en el cantón, se concluye que las personas que residen en otra jurisdicción cantonal y provincial, no debieron ser designados Miembros del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia del Cantón Cumandá por la Asamblea Cantonal Electoral convocada por la Comisión Electoral.

Respecto de la percepción de dietas por parte de los miembros del referido Concejo, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo a lo previsto en los artículos 125 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 56 del Reglamento Interno del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia de Cumandá anteriormente citados, se establece que los miembros de ese Concejo que no perciban ingresos del

Estado, tienen derecho a percibir dietas por las sesiones a las que asistan, de conformidad a las regulaciones que emita el Ministerio de Relaciones Laborales.

Sin embargo, en el caso planteado, respecto a los tres miembros de la Sociedad Civil (que no son servidores públicos y que no perciben ingresos del Estado), que conforman el indicado Concejo, como éstos fueron designados en contravención a lo previsto en los artículos 201 y 203 del Código de la Niñez y Adolescencia, puesto que no tienen su domicilio en el Cantón Cumandá, al ser improcedente su designación, también es improcedente el pago de dietas.

2. Como quedó señalado al absolver la primera consulta, la Resolución No. 031-CNNA- 2008, expedida el 17 de septiembre de 2008, por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 442 de 8 de octubre de 2008, en el Art. 11 referido a los “Criterios para la integración del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia”, en el numeral 1, respecto a la integración de los representantes del Estado expresa que éstos sean autoridades cantonales que tengan capacidad de decisión en el territorio del cantón; y, el numeral 2, señala que para la integración de los representantes de la sociedad civil deberán representar a colectivos o sectores y comunidades y que se domicilien en el territorio del cantón.

Concordante, el Art. 12 de la mencionada Resolución, respecto a los representantes de la sociedad civil, en el numeral 3, establece que dichos representantes deben tener su domicilio en la jurisdicción territorial del Concejo para el cual serán elegidos.

La Ordenanza para la Conformación, Funcionamiento de los Organismos del Sistema de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia en el Cantón Cumandá, expedida por la Municipalidad de Cumandá el 10 de diciembre de 2008, en el Art. 7, establece que la presidencia del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia será ejercida por el Alcalde del cantón Cumandá o su delegado, quien será su representante legal; contará con un vicepresidente que será elegido de entre los delegados de la sociedad civil con residencia en la ciudad de Cumandá por lo menos dos años.

El Reglamento Transitorio de Elecciones de los Miembros de la Sociedad Civil al Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia de Cumandá, expedido por esa Municipalidad el 8 de junio de 2009, en el Art. 7, entre los requisitos para la

elección de los miembros de la sociedad civil del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia, le señala ser ecuatoriano y tener más de dos años de residencia en el cantón.

Con los argumentos jurídicos que sirvieron de fundamento para absolver la primera consulta, y con fundamento en las normas que he citado previamente, respecto a la segunda consulta, se concluye que, los miembros del Concejo de la Niñez y Adolescencia del Cantón Cumandá que residen en otro cantón y otra provincia, no pueden continuar integrando el mencionado Concejo Cantonal, por contravenir el Art. 11, numeral 2 y Art. 12 numeral 3 (al referirse a los representantes de la sociedad civil), de la Resolución No. 031- CNNA- 2008, expedida por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, en concordancia el Art. 7, del Reglamento Transitorio de Elecciones de los Miembros de la Sociedad Civil al Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia de Cumandá.

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

La Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004, en los artículos 3 letra e), y 13, entre las funciones del Procurador General del Estado le dispone asesorar y absolver las consultas jurídicas con carácter de vinculantes, sobre la inteligencia o aplicación de las normas legales o de otro orden jurídico a pedido de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público.

La consulta formulada por usted, no está relacionada con la inteligencia o aplicación de las normas legales o de otro orden jurídico, sino que está referida a la procedencia de revocar los nombramientos de tres miembros del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia del Cantón Cumandá, que no pertenecen a esa jurisdicción cantonal, lo cual no es de mi competencia, siendo el asunto consultado de responsabilidad y decisión interna de la Municipalidad de Cumandá.

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

OF. PGE. N°: 00990, de 22-03-2011

EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL: CRÉDITO CON ENTIDADES PÚBLICAS Y PRIVADAS

ENTIDAD CONSULTANTE: EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL MERCADO DE PRODUCTORES AGRÍCOLAS “SAN PEDRO DE RIOBAMBA”, EP-EMMPA

CONSULTA:

“Si la EP-EMMPA, puede contraer financiamiento con entidades públicas o privadas, tanto locales como nacionales, para cumplir con estos fines?”.

BASES LEGALES:

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

Ley Orgánica de Empresas Públicas Arts. 1, 4, 42, 44 y Disp. Trans. Primera.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Arts. 4, 34 y 116.

Ordenanza N° 010-2010, que crea la Empresa Pública Municipal Mercado de Productores Agrícolas San Pedro de Riobamba “EP-EMMPA” Arts. 2, 7 lit. g).

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 00808 de 10 de marzo de 2011, este Organismo solicitó a usted la remisión del criterio del Asesor Jurídico de esa empresa y copia certificada de la ordenanza de creación de la EP-EMMPA, de conformidad con el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, toda vez que el criterio constante en memorando No. 2011-10-AJ de 24 de enero de 2011, remitido como anexo a su comunicación inicial, no contiene un análisis jurídico de las normas de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, sobre cuya aplicación trata su consulta. Dicho requerimiento ha sido atendido mediante oficio No. 096-EP-EMMPA-GG de 18 de marzo de 2011, ingresado el 19 de marzo del presente año.

En los antecedentes de su consulta señala que la Empresa Pública Municipal Mercado de Productores Agrícolas San Pedro de Riobamba “EP-EMMPA”, con el propósito de cumplir su objetivo de proporcionar instalaciones físicas adecuadas y funcionales para el desarrollo del comercio mayorista en la ciudad, tiene previsto el trámite de financiamiento bancario para cumplir con dicho propósito.

La Empresa Pública Municipal Mercado de Productores Agrícolas San Pedro de Riobamba “EP-EMMPA”, fue creada mediante Ordenanza No. 010-2010 aprobada por el Concejo Cantonal de la Municipalidad de Riobamba en sesiones de 1 y 15 de abril de 2010, aprobada por el Alcalde de ese Cantón el 19 de

abril de 2010, según consta en la copia certificada de la Ordenanza, que ha sido remitida en atención a nuestro requerimiento.

Dicha Ordenanza se expidió en aplicación de la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que previó que las empresas municipales existentes, para seguir operando, debían adecuar su organización y funcionamiento a las normas de esa Ley.

De conformidad con el artículo 2 de la citada Ordenanza, el objeto social de la EP-EMMPA, es la organización, administración, regulación y control del sistema de comercialización de los productos agrícolas que expendan directamente los productores de ese cantón.

La letra g) del artículo 7 de la Ordenanza, confiere al Directorio de esa Empresa Pública, atribución para: “g) Autorizar la contratación de los créditos o líneas de crédito, así como las inversiones que se consideren necesarias para el cumplimiento de los fines y objetivos empresariales, cuyo monto será el definido en el Reglamento General de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y por el Directorio. Las contrataciones de crédito, líneas de crédito o inversiones inferiores a dicho monto serán autorizadas por la o el Gerente General de la Empresa”.

El informe de la Asesora Jurídica de esa Empresa Pública Municipal, contenido en memorando No. 2011-50-AJ de 18 de marzo de 2011, remitido a pedido nuestro, cita los artículos 42 y 44 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que regulan las formas de financiamiento a las que pueden recurrir las empresas públicas para el cumplimiento de sus fines y objetivos empresariales, y determinan que el nivel de endeudamiento estará acorde a la capacidad real de pago de la empresa y se sujetarán a la ley y a las políticas del Comité de Deuda Pública.

El mismo informe invoca además el artículo 116 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que establece que los créditos presupuestarios quedarán comprometidos en el momento en que la autoridad competente, mediante acto administrativo expreso, decida la realización de los gastos, con o sin contraprestación cumplida o por cumplir y siempre que exista la respectiva certificación presupuestaria.

Sobre dicha base normativa concluye el informe jurídico que las empresas públicas: “al tener autonomía económica, financiera, administrativa y de gestión tienen la facultad o potestad de acceder o contraer el respectivo financiamiento con entidades públicas, como privadas, locales, nacionales con el objeto de cumplir a cabalidad los objetivos y fines de su creación”.

El artículo 1 de Ley Orgánica de Empresas Públicas, incluye en el ámbito de aplicación de dicho cuerpo normativo, a las empresas públicas que no pertenezcan al sector financiero y que actúen en el ámbito internacional, nacional, regional, provincial o local; y, establece los mecanismos de control económico, administrativo, financiero y de gestión que se ejercerán sobre las empresas públicas, de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución de la República.

Al tenor del inciso primero del artículo 4 de la misma Ley, 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 y 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 Capítulo II de la Ley Orgánica en mención, en su artículo 42 trata sobre las normas de financiamiento y dispone:

“Las empresas públicas sus subsidiarias y filiales podrán adoptar las formas de financiamiento que estimen pertinentes para cumplir sus fines y objetivos empresariales, tales como: ingresos provenientes de la comercialización de bienes y prestación de servicios así como de otros emprendimientos; rentas de cualquier clase que produzcan los activos, acciones, participaciones; acceso a los mercados financieros, nacionales o internacionales, a través de emisión de obligaciones, titularizaciones, contratación de créditos; beneficio de garantía soberana; inyección directa de recursos estatales, reinversión de recursos propios; entre otros. Para el efecto se requerirá la resolución favorable del Directorio de la empresa y el cumplimiento de los requisitos previstos en esta y otras leyes, así como en la normativa aplicable, en función de la naturaleza del financiamiento al que se acceda”.

El artículo 44 del mismo Cuerpo Legal, establece que el nivel de endeudamiento de las empresas públicas se regulará en observancia de los Planes Nacional y Local de Desarrollo y con sujeción a las políticas que, de conformidad con la ley, emita el Comité de Deuda Pública y a los requisitos y límites legales que permitan mantener niveles de endeudamiento acordes a la capacidad real de pago del Estado, de la empresa pública o del gobierno autónomo descentralizado, respectivamente.

De conformidad con el artículo 4 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, las empresas públicas se encuentran sujetas a dicho cuerpo legal y el artículo 34 del mismo Código Orgánico, determina que el Plan Nacional de Desarrollo es la máxima directriz política y administrativa para el diseño y aplicación de la política pública y todos los instrumentos, dentro del ámbito definido en este Código; dispone que su observancia es obligatoria para el sector público e indicativa para los demás sectores, y que los presupuestos de los gobiernos autónomos descentralizados y sus empresas públicas se sujetarán a sus propios planes, en el marco del Plan Nacional de Desarrollo y sin menoscabo de sus competencias y autonomías. El Plan Nacional de Desarrollo articula el ejercicio de las competencias de cada nivel de gobierno.

El artículo 116 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, dispone que los créditos presupuestarios quedarán comprometidos en el momento en que la autoridad competente, mediante acto administrativo expreso, decida la realización de los gastos, con o sin contraprestación cumplida o por cumplir y siempre que exista la respectiva certificación presupuestaria. En ningún caso se adquirirán compromisos para una finalidad distinta a la prevista en el respectivo presupuesto.

De las disposiciones citadas, en atención a los términos de su consulta se concluye que es procedente que la Empresa Pública Municipal Mercado de Productores Agrícolas San Pedro de Riobamba “EP-EMMPA”, pueda solicitar financiamiento a entidades públicas o privadas, tanto locales como nacionales, para el cumplimiento de sus fines y objetivos empresariales, acorde a su capacidad de pago. El endeudamiento deberá enmarcarse dentro del marco de los Planes Nacional y Local de Desarrollo y con sujeción a las políticas que emita el Comité de Deuda Pública, de conformidad con el artículo 44 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas. Los recursos para pagar tales créditos deben

ser debidamente presupuestados según dispone el artículo 116 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, y los créditos se deben destinar a los objetivos empresariales para los que fueron contratados.

El monto y los términos de los contratos de crédito que llegaren a suscribir la Empresa a su cargo, son de responsabilidad de la misma.

En similares términos se ha pronunciado la Procuraduría General del Estado, en pronunciamiento contenido en oficio No. 017665 de 29 de noviembre de 2010, dirigido a la Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Portoviejo.

OF. PGE. N°: 1520, de 26-04-2011

EMPRESAS INCAUTADAS POR LA AGD: PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: EMPRESA PÚBLICA DE PETRÓLEOS DEL ECUADOR, EP PETROECUADOR

CONSULTA:

“¿Las sociedades o empresas incautadas por la extinta Agencia de Garantías de Depósitos y posteriormente transferidas al Estado, pueden someterse al procedimiento de contratación bajo Régimen Especial establecido en el numeral 8 artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con el artículo 98 de su Reglamento General, en calidad de Contratista?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 226.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Arts.1, 2 num.8 y 9, 6 num. 11 ; y, 98 num. 2.3, 99, 103 y 104 de su Reglamento.

Ley Orgánica de Empresas Públicas Disp. Trans. Primera.

PRONUNCIAMIENTO:

Como alcance al oficio en mención, usted remitió el oficio No. 063-PGER-

PPRO-2011 de 19 de enero de 2011, en el cual se adjunta el criterio jurídico institucional con relación a la consulta formulada.

Posteriormente, esta Procuraduría, a fin de contar con suficientes elementos para atender la consulta planteada, mediante oficio No. 00098 de 25 de enero de 2011, solicitó el criterio institucional del Presidente de la Junta de Fideicomiso AGD-CFN No Más Impunidad y Representante de la Unidad de Gestión y Ejecución de Derecho Público del Fideicomiso AGD –CFN NO MÁS IMPUNIDAD, con relación al tema referido. Solicitud que fue atendida por la mencionada Unidad, mediante oficio No. UGEDEP-2011-61 de 27 de enero de 2011.

En el informe de la Unidad de Gestión y Ejecución de Derecho Público, Fideicomiso AGD – CFN No Más Impunidad, con fundamento en los artículos 2, numeral 8 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, 98 numeral 2.3 del Reglamento General a la Ley en mención, se concluye que: “Las instituciones públicas establecidas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pueden contratar con las empresas aportadas al Fideicomiso AGD-CFN No Más Impunidad, aplicando el procedimiento establecido en el artículo 98 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por así disponerlo el artículo 2 numeral 8 de la Ley antes citada”.

En el criterio jurídico institucional de EP PETROECUADOR, constante en memorando No. 126-PPRO-SPR-ASC-2011 de 18 de enero de 2011, el asesor jurídico de dicha empresa, con fundamento en los artículos, 226 de la Constitución de la República; 2 numeral 8 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 98 de su Reglamento de aplicación; y, la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, concluye que “..la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP PETROECUADOR, puede contratar con las referidas empresas denominadas incautadas al amparo de lo dispuesto en el numeral 8 artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con el artículo 98 de su Reglamento General, ya que (sic) cuyo capital de dichas empresas pertenecen en su totalidad al Estado, siempre y cuando se demuestre la conveniencia y viabilidad técnica y económica de la contratación”.

Tanto en el oficio de consulta como en el informe jurídico institucional de EP PETROECUADOR, se afirma que “Mediante Oficio No. STF-UOI-FE-192 de

19 de agosto de 2010, la Secretaría Técnica de Fideicomiso Mercantil AGD-CFN – NO MÁS IMPUNIDAD, remitió el listado de las empresas denominadas incautadas, que actualmente son de propiedad del Estado Ecuatoriano, con la actividad, productos y servicios que ofrecen”. El referido oficio no ha sido adjuntado a la consulta planteada.

La consulta planteada está referida a si la empresa pública PETROECUADOR, puede contratar los servicios que prestan las empresas incautadas por la ex Agencia Garantía de Depósitos, AGD, éstas últimas en calidad de contratistas, bajo el procedimiento de excepción previsto en los Arts. 98 y 99 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

El Art. 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone que: “Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones: ...8. Los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y las empresas entre sí”.

El Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su Sección X, referente a los “Contratos entre Entidades Públicas o sus Subsidiarias” dispone en el Art. 98, que se sujetarán al procedimiento establecido en esta sección las contrataciones que celebren:...2. El Estado o las entidades del sector público con: 2.1 Las empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público; 2.2 Las empresas subsidiarias de aquellas señaladas en el numeral 2.1. o las subsidiarias de éstas; y, 2.3 Las personas jurídicas, las empresas o las subsidiarias de éstas, creadas o constituidas bajo cualquier forma jurídica, cuyo capital, rentas o recursos asignados pertenezcan al Estado en una proporción superior al cincuenta por ciento; y, el artículo 99 ibidem determina el procedimiento para tales contrataciones.

De los artículos citados de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y de su Reglamento, se desprende que aquellos están referidos al caso en que las instituciones públicas, al amparo del Régimen Especial establecido en el Art. 2, numeral 8 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación

Pública, requieran contratar la prestación de servicios con las empresas que en la referida norma se señalan.

Se deberá considerar, además, que el régimen especial previsto en el Art. 2 numeral 8 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se aplica únicamente para el giro específico del negocio de las empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; como así lo establece el penúltimo inciso del numeral en mención, porque en cuanto al giro común se aplicará el régimen común previsto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, conforme así lo dispone el tercer inciso del numeral 8 del artículo 2 de la Ley referida.

La determinación del giro específico y común le corresponderá al Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública, según lo establecen los incisos tercero y cuarto del numeral 8 del Art. 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Con relación al giro específico del negocio, el Art. 103 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone que se sujetarán a las disposiciones contenidas en el artículo siguiente, las contrataciones relacionadas con el giro específico de sus negocios que celebren: 1. Las empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público, de conformidad con el párrafo final del artículo 1 y el numeral 8 del artículo 2 de la Ley; y, 2. Las subsidiarias definidas como tales en el numeral 11 del artículo 6 de la Ley y conforme lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 2 de la Ley.

Además, el Art. 104 del citado del Reglamento, establece que: “Las contrataciones a cargo de las empresas referidas en el artículo anterior, relacionadas con el giro específico de sus negocios, que estén reguladas por las leyes específicas que rigen sus actividades o por prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional, y los contratos de orden societario, no estarán sujetas a las normas contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en este Reglamento General.

Para el efecto, la máxima autoridad de las empresas o sus delegados, emitirán una resolución motivada en la que se determine taxativamente las contrataciones y el

régimen legal aplicable, que será publicada en el Portal www.compraspublicas.gov.ec (actual dominio www.compraspublicas.gob.ec) dentro de los quince (15) del mes de enero de cada año”.

Por lo tanto, en contestación a los términos de su consulta, la empresa pública PETROECUADOR, de conformidad con los artículos 2, numeral 8 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y 98 y 99 de su Reglamento, podría contratar con las empresas incautadas por la extinta Agencia de Garantía de Depósitos, AGD, que actualmente han sido declaradas de propiedad de dicha Agencia y, por tanto, de propiedad del Estado, según se manifiesta en el oficio que contesto, y en el informe del asesor jurídico de EP PETROECUADOR. Se aclara que la contratación se referirá exclusivamente al giro específico del negocio de la respectiva empresa incautada.

Sobre la procedencia de que las instituciones del Estado contraten con las empresas incautadas por la ex AGD, en calidad de contratistas, esta Procuraduría ha emitido su pronunciamiento mediante oficios números 09804 y 10909, de 12 de octubre y de 8 de diciembre de 2009, en su orden.

Se advierte que la conveniencia de celebrar contratos al amparo del régimen especial previsto en el numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es de responsabilidad de PETROECUADOR.

OF. PGE. N°: 00433, de 14-02-2011

EMPRESAS PÚBLICAS: ALIANZA ESTRATÉGICA

ENTIDAD CONSULTANTE: EMPRESA PÚBLICA HIDROELÉCTRICA DE ZAMORA CHINCHIPE, HIDROZACHIN EP

CONSULTAS:

1. “Se considera una alianza estratégica de inversión la que realice el IESS, HIDRELGEN S.A. e “HIDROZACHIN” E.P., para desarrollar el Proyecto Hidroeléctrico Sabanilla”.
2. “Puede “HIDROZACHIN” E.P, invertir fondos provenientes de un crédito otorgado por el Banco del Estado o cualquier ente financiero público o privado nacional o internacional, en el desarrollo del Proyecto Hidroeléctrico Sabanilla

(PHS), siendo propietario o dueño del mismo la compañía HIDRELGEN S.A. con una concesión emitida por el CONELEC, de carácter privado”.

3. “Es factible la conformación de un Fideicomiso Mercantil para que administre los fondos destinados a la construcción, operación, amortización de crédito y distribución de utilidades del Proyecto Hidroeléctrico Sabanilla (PHS), y provenientes del IESS, HIDRELGEN S.A. e “HIDROZACHIN” E.P. como inversionistas”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 313, 315 y 316.

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

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Art. 1 num. 7.

Mandato N° 15 Art. 1.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Art. 111.

Ley Orgánica de Empresas Públicas Arts. 35, 36 y 42.

Ley de Mercado de Valores Arts. 109, 115; y, 13 y 15 de su Reglamento.

Ley del Banco del Instituto de Seguridad Social Art. 4 num. 4.1, Disp. Derogatoria Cuarta.

Ley de Régimen del Sector Eléctrico Arts. 2 y 29.

Ordenanza del Gobierno Provincial de Zamora Chinchipe Art. 5.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. En la comunicación de consulta se expone que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, a través de su Unidad de Negocios Fiduciarios, en oficio No. UNF y PH-715 de 28 de abril del 2010, se ha dirigido al Gerente General de HIDRELGEN S.A., manifestando que ha aprobado la propuesta de alianza estratégica para desarrollar el Proyecto de Generación Hidroeléctrica Sabanilla, presentado por dicha sociedad anónima, con algunas condiciones, entre ellas que se obtenga el 30% de financiamiento por parte de Hidrozachin. Copia certificada de dicho oficio, consta entre los anexos remitidos con la consulta.

La Empresa Pública Hidroeléctrica de Zamora Chinchipe, HIDROZACHIN EP, se creó por Ordenanza del Gobierno Provincial de Zamora Chinchipe, aprobada en sesiones de 10 de febrero y 3 de marzo de 2010, publicada en el Registro Oficial No. 287 de 27 de septiembre de 2010. Según el artículo 5 de la referida Ordenanza, su objeto social es generar, administrar, operar y explotar

comercialmente las fuentes hidrográficas de la provincia de Zamora Chinchipe. En el oficio de consulta se manifiesta que el 20 de octubre de 2010, los representantes de HIDROZACHIN E.P y de HIDRELGEN S.A. han suscrito una carta de intención para llevar adelante el Proyecto Hidroeléctrico Sabanilla, con el objeto de establecer los términos en los cuales esa empresa pública realizará inversiones en el proyecto, así como los términos y condiciones generales en que las partes llevarán adelante la construcción y operación del proyecto.

Se añade que, el Directorio de HIDROZACHIN EP aprobó la suscripción de la alianza estratégica entre el IESS, HIDRELGEN S.A. y esa empresa pública, mediante Resolución de Directorio de 27 de octubre de 2010; y, que en la misma Resolución, se aprobó además la constitución de un fideicomiso mercantil para desarrollar el Proyecto Hidroeléctrico Sabanilla. Copia certificada de la Resolución del Directorio de esa empresa pública ha sido remitida adjunta a la consulta.

En la comunicación que contesto, usted manifiesta que en su calidad de Gerente de HIDROZACHIN EP, ha consultado con técnicos y directivos del CONELEC, quienes han solicitado se realice la consulta a la Procuraduría General del Estado, a efectos de determinar la procedencia jurídica de la alianza estratégica de esa empresa pública con HIDRELGEN S.A. y el IESS, a efectos de desarrollar el Proyecto Hidroeléctrico Sabanilla, y la constitución del fideicomiso mercantil para que administre los fondos destinados a la construcción, operación, amortización de crédito y distribución de utilidades del proyecto entre los inversionistas.

De la copia certificada de la Carta de Intención, que se ha remitido a este Organismo, se desprende que ha sido firmada el 20 de octubre de 2010, esto es antes de la autorización otorgada a usted, para suscribir la alianza estratégica con HIDRELGEN S.A., por parte del Directorio de HIDROZACHIN EP, adoptada en Resolución de 27 de octubre de 2010.

Han comparecido a la suscripción de la carta de intención, HIDRELGEN S.A., representada por su Gerente; el Gobierno Provincial de Zamora Chinchipe, representado por el Prefecto Provincial; e, HIDROZACHIN EP, representada por su Gerente General.

Según consta en la cláusula segunda de la carta de intención, HIDRELGEN S.A. fue constituida mediante escritura pública otorgada ante el Notario Vigésimo del

Cantón Quito el 23 de enero de 1996, inscrita en el Registro Mercantil el 26 de marzo de 1996.

En el numeral 2.3 de la carta de intención, se expone que a la fecha de su suscripción, 20 de octubre de 2010, el Proyecto Hidroeléctrico Sabanilla, dispone de lo siguiente:

- Diseños definitivos para la licitación de la construcción
- Concesión del caudal de agua otorgada por SENAGUA
- Licencia ambiental otorgada por el Ministerio del Ambiente
- Propiedad de los terrenos donde se construirán las obras
- Caminos pilotos de acceso a los sitios de obra
- Ofertas firmes de constructoras y fabricantes de equipos
- Que se encuentra en proceso de contratación de las firmas que se encargarían de la construcción de las obras civiles y del suministro, transporte y montaje de los equipos electromecánicos de la central de generación.

El numeral 2.4 de la cláusula de antecedentes de la carta de intención, expone que: “HIDRELGEN requiere de capital de riesgo, para cuya inversión ha invitado a participar al Gobierno Provincial de Zamora Chinchipe, a través de la Empresa Pública Hidroeléctrica Zamora Chinchipe HIDROZACHIN EP”.

La letra c) del numeral 2.6 de la cláusula segunda de la carta de intención agrega que, HIDRELGEN S.A., en conocimiento que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social-IESS y el BIESS cuando entre a operar, está interesado en la inversión en obras de infraestructura, propuso la constitución de un fideicomiso mercantil cuyo objetivo sea la construcción, equipamiento, operación, producción y venta de la energía del Proyecto Hidroeléctrico Sabanilla.

En la cláusula quinta de la carta de intención, HIDROZACHIN EP, se compromete a invertir capital de riesgo para la construcción del Proyecto Hidroeléctrico Sabanilla, equivalente al 30% del costo total del proyecto, esto es aproximadamente 18 millones de dólares; la inversión se condiciona a la obtención de un crédito que espera le sea otorgado por el IESS o cualquier otra entidad pública. Los fondos serían desembolsados al fideicomiso mercantil.

La cláusula sexta prevé un plazo de 120 días contados a partir de la fecha de suscripción de la carta de intención, para negociar y constituir el fideicomiso

mercantil; y, estipula que “En caso de no llegarse a constituir el fideicomiso Mercantil, cualquiera de las Partes notificará por escrito a la otra Parte, a fin de dar por concluida la vigencia de la presente Carta de Intención, sin que haya lugar a responsabilidades ni indemnizaciones por ninguna de las Partes”.

En concordancia, la cláusula séptima prevé que: “De no tener ningún acuerdo, negociación o constitución del Fideicomiso Mercantil entre HIDROZACHIN E.P., e HIDRELGEN S.A., para la construcción y ejecución del Proyecto Hidroeléctrico Sabanilla, posterior al plazo estimado de duración de la presente Carta de intención que es de 120 días contados a partir de su suscripción, las partes no tendrán lugar a responsabilidades ni indemnizaciones por ninguna de las partes”.

Entre los documentos que se han remitido en copia certificada a este Organismo, consta el oficio No. 0000264 de 31 de enero de 2010, suscrito por el Prefecto Provincial de Zamora Chinchipe, dirigido al Gerente General de HIDROZACHIN E.P., en el que se pone en conocimiento de esa empresa pública que el Consejo del Gobierno Provincial de Zamora Chinchipe, en sesión de 28 de enero de 2011, por unanimidad ha declarado como obra prioritaria para esa provincia, la construcción del Proyecto Hidroeléctrico Sabanilla.

El informe jurídico del Asesor de la empresa pública consultante, contenido en oficio No. 0011-2011-AJ.H.E.P. de 3 de febrero de 2011, remitido a pedido nuestro, invoca los artículos 35, 36 y 42 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que confieren capacidad asociativa a las empresas públicas y habilitan la constitución de cualquier tipo de asociación o alianza estratégica con sectores públicos o privados, así como para adoptar las formas de financiamiento que estimen pertinentes, para la consecución de sus fines y metas empresariales. Sobre dicha base, concluye el informe jurídico manifestando que: “Legalmente si es posible que HIDROZACHIN E.P conforme una Alianza Estratégica para desarrollar el Proyecto Hidroeléctrico Sabanilla, en asociación con HIDRELGEN concesionaria privada del proyecto, y con el IESS como inversionista mayoritario en el (60%) del costo de proyecto”.

Por su parte, el Director del IESS, en oficio No. 64000000-0454 de 15 de febrero de 2011, manifiesta que atenta la derogatoria del artículo 61 de la Ley de Seguridad Social, por la Disposición Derogatoria Cuarta de la Ley del Banco del IESS, ese Instituto perdió competencia para efectuar inversiones no privativas, una de las cuales podría haber sido la inversión mediante alianza estratégica con

Hidrozachin EP e Hidrelgen S.A., en la construcción y operación del Proyecto Hidroeléctrico Sabanilla; agrega que, dichas competencias según el artículo 4 de la Ley de Banco del Instituto de Seguridad Social, fueron asignadas a dicha institución financiera pública. Sobre dicha base concluye que: “el IESS no es competente para invertir, en alianza estratégica con Hidrozachin E.P. e Hidrelgen S.A., en la construcción y operación del Proyecto Hidroeléctrico Sabanilla... quien podría asumir esa inversión es el BIESS, si tal conviene a sus intereses institucionales y lo permite la ley”.

El Gerente General del BIESS en oficio No. 152-GG-BIESS-2011 de 1 de marzo de 2011, expone que por aplicación de la Disposición Transitoria Primera de la Ley del Banco del IESS, la otrora Comisión Técnica de Inversiones del IESS, y las demás dependencias de tal institución, que en su momento manejaron las inversiones de los fondos previsionales, se mantuvieron en funciones prorrogadas hasta la concesión del certificado de autorización por parte de la Superintendencia de Bancos y Seguros e inicio de las operaciones del BIESS, situación acaecida con fechas 16 de septiembre y 1 de octubre de 2010, respectivamente.

Añade el Gerente General del BIESS que: “El consultante hace referencia a conversaciones y acercamientos con la extinta Unidad de Negocios Fiduciarios del IESS, hecho que de ninguna manera puede ser considerado vinculante o compromisorio para el BIESS”.

Con respecto a la alianza estratégica materia de consulta, el BIESS agrega:

“El término “alianza estratégica” no sería el adecuado para el tipo de planteamiento de inversión que buscaría presentar el consultante al BIESS, puesto que tal término en el contexto del Art. 316 de la Constitución de la República, así como en el Art. 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, debería ser considerado como aquella alianza que realiza una entidad del Estado creada para la provisión de servicios o bienes calificados como estratégicos por el Estado, y que al no contar con los suficientes recursos tecnológicos y dinerarios, se asocia a otra empresa o ente público o privado, nacional o extranjero, que manejándose dentro del mismo giro de negocio o ámbito de competencias, pueda proveer de tales recursos o conocimientos para emprender en la explotación de tal sector estratégico. En tal sentido, la inversión llana de recursos dinerarios, ya sea mediante la utilización de un esquema de financiamiento utilizando los instrumentos que ofrece el mercado de Valores Nacional o la estructuración de un

negocio fiduciario, no podría entenderse como una alianza estratégica, sino más bien como un medio de financiamiento de un proyecto que puede ser calificado como estratégico por el Estado”.

Concluye el BIESS que como institución financiera de derecho público, su fin específico es rentabilizar los fondos previsionales del IESS, lo que separa totalmente su objeto del sector generador eléctrico, sin que ello represente algún tipo de imposibilidad de brindar esquemas de financiamiento para los mismos conforme lo establece el numeral 4.1 del Art. 4 de la Ley del Banco del IESS.

El Director Ejecutivo del CONELEC, en oficio No. DE-11-0244 SIGGSI: 86808 de 3 de marzo de 2011, con respecto al Proyecto Hidroeléctrico Sabanilla, solicitado por la empresa HIDRELGEN S.A., manifiesta que: “este trámite fue presentado en el CONELEC en el año 1998, cuando en el país regía un marco jurídico diferente, que contenía una tendencia privatizadora del sector eléctrico, y debido a diferentes circunstancias relacionadas con el incumplimiento de los requisitos que exige la Ley de Régimen del Sector Eléctrico y el Reglamento de Concesiones, Permisos y Licencias para la Prestación del Servicio de Energía Eléctrica, la no aceptación de las recomendaciones formuladas por la Contraloría General del Estado y especialmente, por no contar con el financiamiento respectivo para la construcción del referido Proyecto Hidroeléctrico, luego de transcurridos más de 12 años, todavía no se ha podido suscribir el Contrato de Permiso correspondiente”.

Con respecto a la consulta formulada por HIDROZACHIN EP, el Director Ejecutivo del CONELEC, manifiesta que de conformidad con los artículos 313 y 314 de la Constitución de la República, el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, entre los que consta la energía en todas sus formas; y, el Estado es el responsable de la prestación de los servicios públicos, entre ellos los de energía eléctrica.

Añade que el artículo 315 de la Constitución de la República, dispone que el Estado constituirá empresas públicas para la gestión de los sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos, y el desarrollo de otras actividades, estableciendo que la ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas, en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos,

y de manera excepcional, podrá delegar a la iniciativa privada el ejercicio de esas actividades.

Finalmente, el Director Ejecutivo Interino del CONELEC, invoca el artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que confiere a dichas empresas capacidad asociativa para el cumplimiento de sus fines, y les faculta a constituir cualquier tipo de asociación, alianzas estratégicas, añadiendo que “todo proceso de selección de socios privados para la constitución de empresas de economía mixta debe ser transparente de acuerdo con la Ley y que en todo caso requerirá de un concurso público”.

Sobre dicha base, concluye manifestando que: “el criterio conceptual del CONELEC, respecto de las consultas que ha formulado HIDROZACHIN EP, es el de que, siendo ésta una empresa pública y bajo la premisa de que su objeto tendría relación con la construcción y operación de centrales de generación de energía eléctrica, es el de que debería asumir directamente la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico en referencia, previa la cesión de los derechos del Certificado de Permiso, por parte de la Empresa Titular del mismo, o conformar con HIDRELGEN S.A., una empresa de economía mixta, en la que el Estado tenga mayoría accionaria, en los términos previstos en los artículos 316 de la Constitución de la República y 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, precautelando de manera especial, los intereses del Estado Ecuatoriano”.

Finalmente, el Ministro de Electricidad y Energía Renovable, en su oficio No. 328-DM-SJ-2011 1123 de 19 de marzo de 2011, cita entre otras normas, los artículos 35 y 42 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que reconocen capacidad asociativa a las empresas públicas, y les permite adoptar las formas de financiamiento que estimen pertinentes para el cumplimiento de sus fines y objetivos empresariales y la Décima Primera Disposición General del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

El criterio del Ministro de Electricidad y Energía Renovable, coincide con el expresado por el CONELEC, y manifiesta que: “es criterio de esta Cartera de Estado que HIDROZACHIN EP, debería asumir directamente la ejecución del Proyecto Sabanillas, o en su defecto, en ejercicio de su capacidad asociativa conformar con HIDRELGEN S.A. una empresa de economía mixta, en la que el Estado tenga la mayoría accionaria, respetando lo señalado en el artículo 316 de

la Constitución de la República y el artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas”.

Los artículos 315 y 316 de la Constitución de la República, que han sido citados tanto por la empresa pública consultante, como por el BIESS, el CONELEC y el Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, prescriben:

“Art. 315.- El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.

Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.

Los excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo. Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado.

La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos”.

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

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

El artículo 111 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, define a los sectores estratégicos como “aquellos

en los que el Estado en sus diversos niveles de gobierno se reserva todas sus competencias y facultades, dada su decisiva influencia económica, social, política o ambiental.” El inciso final del mismo artículo incluye a la generación de energía en todas sus formas entre los sectores estratégicos, lo cual guarda concordancia con la previsión en idéntico sentido, contenida en el inciso tercero del artículo 313 de la Constitución de la República.

Por su parte, el artículo 2 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, dispone que el Estado es el titular de la propiedad inalienable e imprescriptible de los recursos naturales que permiten la generación de energía eléctrica; y, que por tanto, sólo el Estado, por intermedio del Consejo Nacional de Electricidad como ente público competente, puede concesionar o delegar a otros sectores de la economía la generación, transmisión, distribución y comercialización de la energía eléctrica. El segundo inciso del mismo artículo, agregado por el Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 351 de 29 de diciembre del 2010, prevé que:

“...El Estado podrá delegar la prestación del servicio de energía eléctrica en sus fases de generación, transmisión, distribución y comercialización a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. De forma excepcional, podrá otorgar delegaciones a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria para la prestación del servicio público de energía eléctrica, en cualquiera de los siguientes supuestos:

1. Cuando sea necesario y adecuado para satisfacer el interés público, colectivo o general; o,
2. Cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas”.

De las normas hasta aquí citadas se desprende que la generación de energía en todas sus formas, está determinada como un sector estratégico por los artículos 313 de la Constitución de la República y el artículo 111 del COOTAD; que el Estado es el titular de los recursos naturales que permiten la generación de energía eléctrica; y, que de conformidad con el vigente marco constitucional y legal, el Estado puede delegar la prestación del servicio de energía eléctrica, a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria, según el artículo 316 de la Constitución de la República y el inciso segundo del artículo 2 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, agregado por el Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 351 de

29 de diciembre del 2010, y solo de manera excepcional a la iniciativa privada, cuando se cumplan las condiciones establecidas en el citado artículo 2 reformado de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico.

Las empresas públicas, de conformidad con los artículos 315 de la Constitución de la República y 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se constituyen para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos y el aprovechamiento sustentable de recursos naturales, entre otros fines. En el caso específico de la Empresa Pública Hidroeléctrica de Zamora Chinchipe HIDROZACHIN EP, se creó por Ordenanza del Gobierno Provincial de Zamora Chinchipe, cuyo artículo 5 incluye en su objeto social, la generación, administración, operación y explotación de las fuentes hidrográficas de la provincia de Zamora Chinchipe, “emprenderá en la construcción de hidroeléctricas que satisfagan la necesidad de energía eléctrica de la población dentro de su jurisdicción con proyección a abastecer del producto al resto del país...”.

Por su parte, el artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, regula la capacidad asociativa de dichas empresas, en los siguientes términos:

“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...”.

La alianza estratégica a la que se refiere la norma transcrita, no consiste en una mera inversión dineraria, como aquella a la que se ha comprometido HIDROZACHIN EP en la cláusula quinta de la Carta de Intención suscrita el 20 de octubre de 2010, por la que se prevé una inversión de capital de riesgo para la construcción del Proyecto Hidroeléctrico Sabanilla, equivalente al 30% del costo total de proyecto.

Del análisis jurídico que precede se desprende que en el marco constitucional y legal vigente, la energía constituye un sector estratégico cuya gestión compete al Estado a través de empresas públicas y solo en forma excepcional se admite la delegación a la iniciativa privada.

En atención a los términos de su primera consulta se concluye que las inversiones de recursos públicos en el desarrollo del Proyecto Hidroeléctrico Sabanilla, que son el objeto de la carta de intención suscrita por HIDROZACHIN EP, con HIDRELGEN S.A., no reúne las características de una alianza estratégica, como una de las formas en que se puede instrumentar la capacidad asociativa que el artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas reconoce a dichas empresas, pues para instrumentar dicha capacidad asociativa, la alianza estratégica o cualquier sistema de asociación, debe tener por objeto el cumplimiento de los fines y objetivos empresariales de la empresa pública y por tanto no se extiende a actividades de inversión de fondos públicos, en actividades distintas de aquellas que desarrolle la respectiva empresa pública en forma directa.

En consecuencia, coincido con el criterio expuesto tanto por el CONELEC como por el Ministerio de Energía y Recursos Renovables, en el sentido de que HIDROZACHIN EP, debería asumir directamente la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico Sabanilla, o en su defecto conformar una empresa de economía mixta, en la que el Estado tenga mayoría accionaria, en los términos previstos en los artículos 316 de la Constitución de la República y 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que prevé la realización de un concurso público para la selección de socios privados.

2. Según se refirió en los antecedentes de este pronunciamiento, la letra c) del numeral 2.6 de la cláusula segunda de la carta de intención suscrita por HIDROZACHIN EP con HIDRELGEN S.A. prevé la constitución de un fideicomiso mercantil cuyo objetivo sea la construcción, equipamiento, operación, producción y venta de la energía del Proyecto Hidroeléctrico Sabanilla.

El informe jurídico del Asesor de la empresa pública consultante, contenido en oficio No. 0011-2011-AJ.H.E.P., de 3 de febrero de 2011, concluye que HIDROZACHIN EP puede depositar los recursos provenientes del crédito otorgado por el Banco del Estado en un Fideicomiso Mercantil que administre los fondos de manera exclusiva para el desarrollo del Proyecto Hidroeléctrico Sabanilla.

El Gerente General del IESS en oficio No. 152-GG-BIESS-2011 de 1 de marzo de 2011 manifiesta que “no es competencia de esta Institución Financiera opinar respecto al uso de recursos que llegare a obtener el consultante de fuentes ajenas al BIESS”.

En materia de financiamiento, el artículo 42 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, dispone:

“Art. 42.- FORMAS DE FINANCIAMIENTO.- Las empresas públicas sus subsidiarias y filiales podrán adoptar las formas de financiamiento que estimen pertinentes para cumplir sus fines y objetivos empresariales, tales como: ingresos provenientes de la comercialización de bienes y prestación de servicios así como de otros emprendimientos; rentas de cualquier clase que produzcan los activos, acciones, participaciones; acceso a los mercados financieros, nacionales o internacionales, a través de emisión de obligaciones, titularizaciones, contratación de créditos; beneficio de garantía soberana; inyección directa de recursos estatales, reinversión de recursos propios; entre otros. Para el efecto se requerirá la resolución favorable del Directorio de la empresa y el cumplimiento de los requisitos previstos en esta y otras leyes, así como en la normativa aplicable, en función de la naturaleza del financiamiento al que se acceda”.

Según se desprende del tenor literal de la norma transcrita, las distintas formas de financiamiento a las que pueden recurrir las empresas públicas, están referidas y destinadas al cumplimiento de sus fines y objetivos empresariales. La norma no prevé ni se extiende a actividades de inversión de fondos públicos, en actividades distintas de aquellas que desarrolle la respectiva empresa pública.

En el caso que motiva su consulta, conforme fue descrito en los antecedentes de este pronunciamiento y al analizar su primera consulta, la inversión que HIDROZACHIN EP pretende efectuar, consiste en invertir capital de riesgo en el desarrollo de un proyecto concesionado a una empresa privada, titular del certificado de permiso otorgado por el CONELEC.

Al atender su primera consulta, se concluyó que las alianzas estratégicas que las empresas públicas pueden formar de conformidad con la capacidad asociativa que les confiere el artículo 35 de su Ley rectora, tiene por objeto el cumplimiento de los fines y objetivos empresariales de la empresa pública y no se extiende a actividades de inversión de fondos públicos en actividades distintas de aquellas que desarrolle en forma directa la respectiva empresa pública. En consecuencia,

el financiamiento al que las empresas públicas pueden recurrir según el artículo 42 de la misma Ley, tampoco puede ser destinado a la inversión en actividades que la empresa pública no desarrolle en forma directa.

Por tanto, en atención a los términos de su segunda consulta se concluye que no es jurídicamente procedente que HIDROZACHIN E.P. invierta fondos provenientes de un crédito otorgado por el Banco del Estado o cualquier ente financiero público o privado, nacional o internacional en HIDRELGEN S.A.

3. El Gerente General del IESS en oficio No. 152-GG-BIESS-2011 de 1 de marzo de 2011, manifiesta que de conformidad con el artículo 115 de la Ley de Mercado de Valores, todas las personas públicas o privadas, están facultadas para ser parte, en calidad de constituyentes o fideicomitentes, de fideicomisos mercantiles. Cita además el artículo 29 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, que prevé que la construcción y operación de nuevos proyectos de generación aprobados por el CONELEC, serán concesionados a través de procesos públicos, en los que podrán participar inversionistas nacionales y/o extranjeros, sea actuando de manera individual o asociados, “de lo cual se podría colegir la posibilidad de un esquema de asociación con la empresa pública promotora de un proyecto de generación eléctrica, con fines netamente de inversión; pudiendo considerarse como medio jurídico idóneo para tal esquema de asociación, un fideicomiso mercantil de administración y gestión”.

Concluye el Gerente General del BIESS, que el inciso tercero del artículo 1 del Mandato 15, dispuso que los recursos que se requieran para cubrir las inversiones en generación, transmisión y distribución, serán cubiertos por el Estado, constarán obligatoriamente en su presupuesto general y deberán ser transferidos mensualmente al Fondo de Solidaridad, y se considerarán aportes de capital de dicha institución, por lo que como consecuencia del desaparecimiento del Fondo de Solidaridad, de conformidad con la Ley Orgánica de Empresas Públicas, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 48 de 16 de octubre de 2009, tales recursos pasaron al Ministerio del Ramo.

Por su parte, el Ministro de Electricidad y Energía Renovable, en el oficio No. 328-DM-SJ-2011 1123 de 19 de marzo de 2011, al que antes ya se ha hecho referencia, cita entre otras normas, la Décima Primera Disposición General del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que prevé que: “Los recursos públicos de las empresas públicas nacionales y de las entidades

financieras públicas podrán gestionarse a través de fideicomisos, previa la autorización del ente rector de las finanzas públicas”.

Con relación a la constitución del fideicomiso mercantil, el Ministro de Electricidad y Energía Renovable manifiesta que: “el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, faculta a las empresas públicas el manejo de los recursos públicos a través de fideicomisos, con el condicionamiento de que previamente debe existir autorización del ente rector de finanzas públicas”.

El informe jurídico del Asesor de la empresa pública consultante, contenido en oficio No. 0011-2011-AJ.H.E.P. de 3 de febrero de 2011, expone que una vez obtenido el crédito de inversión para desarrollar el Proyecto Hidroeléctrico Sabanilla, estos fondos pueden ser depositados o transferidos a un Fideicomiso Mercantil, que por ser en su mayoría de carácter público se lo conformaría y operaría a través de la Corporación Financiera Nacional u otra entidad financiera pública.

El artículo 29 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, dispone que la construcción y operación de los nuevos proyectos de generación, contemplados en el Plan Maestro de Electrificación aprobados por el CONELEC, serán concesionados por el mismo, excepto aquellos previstos en el artículo 30 de esta Ley, que prevé que requerirán solamente de un permiso concedido por el CONELEC, los proyectos que tengan por objeto la construcción y operación de centrales de generación de 50 Mw o menos, como es el caso que motiva la consulta, pues según la información remitida por el Director Ejecutivo del CONELEC en oficio No. DE-11-0244 de 3 de marzo de 2011, el Proyecto Hidroeléctrico Sabanilla, tendrá 19,9 Mw de capacidad instalada.

Los fideicomisos mercantiles se constituyen y administran de conformidad con las disposiciones contenidas en la Ley de Mercado de Valores, y el Reglamento expedido por el Consejo Nacional de Valores, que regula la Participación del Sector Público en el Mercado de Valores.

El artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores, define al contrato de fideicomiso mercantil, en los siguientes términos:

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

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

El inciso segundo del artículo 115 de la Ley de Mercado de Valores dispone que las instituciones del sector público que actuarán como constituyentes de fideicomisos mercantiles, estarán sujetas al reglamento especial que al efecto expida el Consejo Nacional de Valores; dicho Reglamento consta actualmente en la Codificación de las Resoluciones del CNV, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 1 de 8 de marzo de 2007.

El inciso final del artículo 13 del citado Reglamento, establece el objeto de los negocios fiduciarios de las instituciones del sector público, y 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”. En concordancia, el segundo inciso del artículo 15 del mismo Reglamento dispone: “Cuando en el desarrollo del fideicomiso mercantil o encargo fiduciario constituido por una entidad pública hayan de celebrarse otros contratos, la selección del contratista o contratistas deberá realizarse mediante el procedimiento de concurso o licitación, previsto en la Ley para la entidad constituyente”.

El inciso segundo del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado prevé que: “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 su parte, el artículo 1° de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina su ámbito de aplicación y dispone: “Esta Ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos

los de consultoría, que realicen: 7. ... en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato”.

De las normas citadas se desprende que de conformidad con la parte final del numeral 7 del artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con el artículo 15 del Reglamento que regula la Participación del Sector Público en el Mercado de Valores, los contratos que deban celebrar los fideicomisos mercantiles en los que participan instituciones del sector público, cuyo objeto consista en adquisición de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios incluidos los de consultoría, y que utilicen, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta por ciento del costo del respectivo contrato, están sujetos al ámbito de aplicación de la citada Ley Orgánica.

En el numeral 2.3 de la carta de intención de la cláusula segunda “Antecedentes” de la carta de intención, suscrita por esa Empresa Pública con “HIDRELGEN S.A., a la que se hizo referencia en los antecedentes de este pronunciamiento, se expone que a la fecha de su suscripción, 20 de octubre de 2010, el Proyecto Hidroeléctrico Sabanilla, se encontraba ya “en proceso de contratación” de las firmas que se encargarían de la construcción de las obras civiles y del suministro, transporte y montaje de los equipos electromecánicos de la central de generación.

La letra c) del numeral 2.6 de la cláusula segunda de la carta de intención, agrega que HIDRELGEN S.A. propuso la constitución de un fideicomiso mercantil cuyo objetivo sea la construcción, equipamiento, operación, producción y venta de la energía del Proyecto Hidroeléctrico Sabanilla. Según el mismo acápite, el fideicomiso mercantil tendría la siguiente composición:

- Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social entre 50% y 60% de aporte
- Empresa Hidroeléctrica HIDROZACHIN EP, entre 30 y 40% de aporte
- Accionistas de HIDRELGEN S.A., 10% de aporte.

En armonía con lo analizado al atender sus dos primeras consultas, se concluye que si bien la Disposición General Décima Primera del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, permite que los recursos públicos de las empresas públicas nacionales y de las entidades financieras públicas podrán gestionarse a través de fideicomisos, previa la autorización del ente rector de las finanzas públicas, es evidente que dicha prescripción legal está supeditada a que

los referidos recursos de la empresa pública estén destinados al cumplimiento de los fines y objetivos de la empresa pública, de conformidad con el artículo 42 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que fue analizado al atender su segunda consulta.

Por otro lado, los contratos que un fideicomiso mercantil constituido por instituciones del sector público requiera celebrar, están sujetos al ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, de conformidad con la parte final del numeral 7, del artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con el artículo 15 de la Resolución del Consejo Nacional de Valores que regula la Participación del Sector Público en el Mercado de Valores, que dispone:

“Art. 15.- Prohibición de delegación de funciones públicas en los negocios fiduciarios y celebración de contratos derivados.- Las entidades y organismos públicos que constituyan negocios fiduciarios no podrán delegar al fiduciario responsabilidades públicas que les sean exclusivamente inherentes.

Cuando en desarrollo del fideicomiso mercantil o encargo fiduciario constituido por una entidad pública hayan de celebrarse otros contratos, la selección del contratista o contratistas deberá realizarse mediante el procedimiento de concurso o licitación, previsto en la Ley para la entidad constituyente”.

Finalmente, de conformidad con el artículo 3 del Reglamento de Contratación de Negocios Fiduciarios, expedido por Decreto Ejecutivo No. 890 publicado en el Registro Oficial No. 197 de 25 de mayo de 1999, las instituciones del Estado sujetas al presente Reglamento, “contratarán directamente al fiduciario si se trata de otra institución del Estado que tenga la capacidad legal para prestar este tipo de servicios”.

En consecuencia, con respecto a su tercera consulta se concluye que no es jurídicamente procedente que HIDROZACHIN EP, participe en la constitución y aporte fondos públicos a un Fideicomiso Mercantil destinado a la construcción, operación, amortización de crédito y distribución de utilidades del Proyecto Hidroeléctrico Sabanilla (PHS), mientras el desarrollo de dicho proyecto corresponda a una empresa privada, pues el artículo 315 de la Constitución de la República, admite solo en forma de excepción que se delegue a la iniciativa privada el ejercicio de actividades relacionadas con la gestión de sectores

estratégicos y la prestación de servicios públicos, que según dicha norma constitucional, deben ser gestionados por empresas públicas.

Las decisiones que HIDROZACHIN EP adopte respecto a su participación en el Proyecto Hidroeléctrico Sabanilla, la forma asociativa y la forma de financiamiento, son de exclusiva responsabilidad de la empresa pública consultante, que además deberá asegurarse de que el proyecto cumpla con todos los requisitos legales que correspondan a la actividad de generación hidroeléctrica.

OF. PGE. N°: 01388, de 14-04-2011

EMPRESAS PÚBLICAS: EXONERACIÓN DE TASAS

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE ELECTRICIDAD Y ENERGÍA RENOVABLE

CONSULTA:

Solicita aclarar el último párrafo del pronunciamiento contenido en el oficio No. 00987 de 21 de marzo de 2011 y oficio No. 756-SG-2011/240-DAJB de 14 de abril de 2011, ingresado en este Organismo el 19 de abril del mismo año, suscrito por el Presidente de la Asociación de Municipalidades del Ecuador, quien solicita la reconsideración del mismo pronunciamiento.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 120 num. 6, 132 num. 3, 237 num. 3, 238, 313, 314, 315, 316 y 425.

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

Ley Orgánica de Empresas Públicas Arts. 4 y 41.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 5, 6 y 567.

Mandato Constituyente N° 15 Disp. Trans. Tercera.

Código Tributario Arts. 31, 35 y Disp. Trans. Segunda.

Código Civil Arts. 37 y 38.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 009-DM-SJ-2011-0039 de 6 de enero de 2011, suscrito por el doctor Miguel Calahorrano Camino, Ministro de Electricidad y Energía Renovable de aquel entonces, se formularon las dos consultas que cito a continuación:

1.- ¿Frente a esta contradicción entre la Ley Orgánica de Empresas Públicas y el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que norma PREVALECE en cuanto a la exención o pago por parte de las empresas públicas por el uso u ocupación del espacio público o la vía pública y del espacio aéreo estatal, por colocación de estructuras, postes y tendido de redes?; y,

2.- ¿Las empresas públicas estarían obligadas o no, al pago por el uso y ocupación del espacio o vía pública y del espacio aéreo estatal, por colocación de estructuras, postes y tendido de redes?

Respecto de tales, consultas, mediante oficio No. 00987 de 21 de marzo del 2011, me pronuncie en los siguientes términos:

“...Por las consideraciones expuestas, en atención a sus consultas relacionadas con el mismo tema, con fundamento en el análisis jurídico precedente, se concluye que, las empresas públicas que presten servicios públicos están exentas del pago de regalías, tributos o de cualquier otra contraprestación por el uso u ocupación del espacio público o la vía pública y del espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal, para colocación de estructuras, postes y tendido de redes, conforme lo prevé el artículo 41 inciso segundo de la Ley Orgánica de Empresas Públicas; y además, gozarán del derecho de uso gratuito de vías, postes, ductos, veredas e infraestructura similar de propiedad estatal, regional, provincial, municipal o de otras empresa públicas, por lo que, estarán exentas del pago de tributos y otros similares por este concepto, al tenor de la Disposición General Octava de la misma Ley Orgánica.

Sin perjuicio de lo expuesto, en virtud de que las exenciones que he señalado en el párrafo precedente se aplican únicamente a las empresas públicas que prestan servicios públicos, al tenor de las normas de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, referidas en el mismo párrafo, con respecto a las empresas públicas que no presten servicios públicos y a las empresas privadas, se aplica el inciso segundo del artículo 567 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que establece que, las empresas públicas (que no presten servicios públicos) o empresas privadas que utilicen u ocupen el espacio público o la vía pública y el espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal, para colocación de estructuras, postes y tendido de redes, pagarán al gobierno autónomo descentralizado respectivo la tasa o contraprestación por dicho uso u ocupación”.

Como se observa de las consultas y el pronunciamiento emitido por esta Procuraduría, mediante oficio No. 00987 de 21 de marzo de 2011, dicho pronunciamiento se circunscribió a los términos de las preguntas contenidas en el oficio No. 009-DM-SJ-2011-0039 de 6 de enero de 2011. En tal virtud, la solicitud contenida en el oficio No. 409-DM-SJ-2011-1372 de 1 de abril de 2011, amplía el ámbito de la consulta que se formuló en el oficio No. 009-DM-SJ-2011-0039 de 6 de enero de 2011, suscrito por el anterior Ministro del área y por lo tanto, el actual Ministro ha solicitado la ampliación del pronunciamiento contenido en oficio No. 00987 de 21 de marzo de 2011, con relación a las empresas privadas del sector eléctrico, a las que se refieren el Mandato Constituyente No. 15 y la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en concordancia con el pronunciamiento que sobre dichas empresas emitió este Organismo mediante oficio No. 14666 de 14 de junio de 2010.

En el oficio No. 409-DM-SJ-2011-1372 de 1 de abril de 2011, el Ministro de Electricidad y Energía Renovable, como antecedentes señala que la Cartera de Estado a su cargo, mediante oficio No. 208-DM-2010 000649 de 9 de marzo de 2010, efectuó dos consultas, las que merecieron el pronunciamiento contenido en el oficio No. 14666 de 14 de junio de 2010.

Añade en el criterio jurídico institucional, inserto en el oficio que contesto que:

“La Procuraduría General del Estado, conforme absolución de consulta constante en Oficio No. 14666 de 14 de junio de 2010, concluye que la exención establecida por el artículo 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, para las empresas de distribución de energía eléctrica que constan en el Mandato Constituyente No. 15, sean estas públicas o privadas, gozan de dicha exención, siendo la única condición que presten servicios públicos; sin embargo, del análisis efectuado por esta Cartera de Estado, se ha evidenciado que en el pronunciamiento contenido en Oficio No. 00987 de 21 de marzo de 2011, consta que la exención sería únicamente para las denominadas empresas públicas y no para las empresas privadas que prestan el servicio público de distribución y comercialización de energía eléctrica, y que de conformidad con la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se les da el mismo tratamiento de las denominadas empresas públicas, al disponer en el numeral 2.2.1.4 de la segunda transitoria, lo siguiente: “Régimen de Excepción.- ... 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”.

La solicitud de reconsideración concluye manifestando que: “Por lo expuesto se colige que las empresas privadas que prestan el servicio público de distribución y comercialización de energía eléctrica y que participan en el sector eléctrico, para efectos de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, son consideradas empresas públicas. Partiendo de la premisa de que el Derecho debe ser un todo armónico, es importante incluir en su absolución de consulta, el régimen de excepción del que gozan las empresas privadas antes indicadas para tener un tratamiento de empresas públicas y ser consideradas de esa manera sobre la base de la normativa jurídica existente”.

De otra parte, mediante oficio No. 756-SG-2011/240-DAJB de 14 de abril de 2011, ingresado en este Organismo el 19 de abril del mismo año, el Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas AME solicita la reconsideración del pronunciamiento constante en oficio No. 00987 de 21 de marzo de 2011, que he citado en líneas anteriores. Al efecto, expone que los artículos 567 del COOTAD y 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, son contradictorios ya que tratan sobre un mismo asunto y refiere la fecha de publicación en el Registro Oficial de los indicados cuerpos legales.

El Presidente de la AME, en el oficio No. 756-SG-2011/240-DAJB, cita los artículos 238 y 425 de la Constitución de la República, que establecen la autonomía de los gobiernos autónomos descentralizados y el orden jerárquico de aplicación de las normas, respectivamente. Adicionalmente, fundamenta su solicitud en el artículo 5 del COOTAD, que define la autonomía de los gobiernos autónomos descentralizados y el artículo 6 del mismo Código Orgánico, que dispone:

“Ninguna función del Estado ni autoridad extraña podrá interferir en la autonomía política, administrativa y financiera propia de los gobiernos autónomos descentralizados, salvo lo prescrito por la Constitución y las leyes de la República.

Está especialmente prohibido a cualquier autoridad o funcionario ajeno a los gobiernos autónomos descentralizados, lo siguiente:

e) Derogar impuestos, establecer exenciones, exoneraciones, participaciones o rebajas de los ingresos tributarios y no tributarios propios de los gobiernos autónomos descentralizados, sin resarcir con otra renta equivalente en su cuantía;

f) Impedir de cualquier manera que un gobierno autónomo descentralizado recaude directamente sus propios recursos, conforme la ley”.

Finalmente, el Presidente de la AME cita las Disposiciones Reformatorias y Derogatorias del COOTAD, la contenida en la letra z) que deroga todas las normas legales contrarias a dicho Código y el artículo 37 del Código Civil, que tratan sobre la derogación de las leyes y el 38 del mismo Código que se refiere a la derogación tácita y concluye que el artículo 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas fue derogado por el COOTAD.

El pedido de reconsideración concluye que la aplicación del pronunciamiento de este Organismo permite la intromisión de un nivel de gobierno extraño en las decisiones que corresponden a los gobiernos autónomos descentralizados; y, que su aplicación resulta inequitativa, toda vez que el Ministerio de Electricidad y Energía Renovable a través de la CNEL S.A., factura a los municipios por el consumo de energía eléctrica, mientras que las municipalidades no lo podrían hacer por concepto de ocupación de vía pública y espacio aéreo para colocación de los postes que sirven igualmente para la transmisión de la energía eléctrica.

Se deja constancia que, en el trámite de la consulta originalmente planteada y de cuya absolución ahora se pide una reconsideración, esta Procuraduría solicitó el criterio de la Asociación de Municipalidades del Ecuador AME, mediante oficios Nos. 00178 y 00545 de 28 de enero y 21 de febrero de 2011, respectivamente, sin que hayan merecido respuesta, en su oportunidad.

Por su parte, mediante oficio No. AG-2011-13902 de 21 de abril de 2011, ingresado el 26 de abril del presente año, el Alcalde del M.I Municipio de Guayaquil, si bien no formula ningún pedido, también expresa su desacuerdo con las conclusiones del pronunciamiento del Procurador General del Estado, contenido en oficio No. 00987 de 21 de marzo de 2011.

El Alcalde de Guayaquil expone que el modelo constitucional vigente, establece como regla que los servicios públicos se presten a través de empresas públicas, y que por tanto: “Una lógica, armónica y sistémica interpretación jurídica conduce a entender que las empresas públicas a las que se refiere el párrafo segundo del artículo 567 del COOTAD son aquellas referidas en el artículo 315 de la Constitución de la República”; por lo que “la norma contenida en el artículo 567

del COOTAD fue concebida justamente para contradecir el artículo 41 párrafo segundo y la disposición general octava de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, para lograr la derogatoria de estas normas. La norma del COOTAD dice, pues, lo contrario de lo establecido en las normas citadas de la Ley Orgánica de Empresas Públicas”.

Los dos oficios que contesto y que cito en el primer párrafo de este documento, se refieren a un mismo pronunciamiento y por lo tanto los atiendo de manera conjunta. No obstante, debido a la diferencia de pretensiones contenidas en los indicados requerimientos, lo coherente es referirme en primer término al pedido de reconsideración del pronunciamiento contenido en el oficio No. 00987 de 21 de marzo de 2011, presentado por la Asociación de Municipalidades del Ecuador AME, mediante oficio No. 756-SG-2011/240-DAJB de 14 de abril de 2011 y después al pedido de aclaración respecto del mismo pronunciamiento, que ha formulado el Ministro de Electricidad y Energía Renovable, mediante oficio No. 409-DM-SJ-2011-1372 de 1 de abril de 2011.

1. Solicitud de reconsideración del pronunciamiento contenido en oficio No. 00987 de 21 de marzo de 2011, formulada por la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas AME, mediante oficio No. 756-SG-2011/240-DAJB de 14 de abril de 2011.-

El numeral 3 del artículo 132 de la Constitución de la República, establece el principio de reserva de ley para crear, modificar o suprimir tributos, sin menoscabo de las atribuciones que la Constitución confiere a los gobiernos autónomos descentralizados, cuya autonomía se instrumenta entre otros mecanismos, a través del ejercicio de su potestad normativa, reconocida tanto por la Constitución como por el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y que está referida a los tributos que tengan el carácter de tasas y contribuciones.

De igual manera, de conformidad con el artículo 31 del Código Tributario, las exenciones o exoneraciones constituyen “dispensas legales” que se establecen por razones de orden público, económico o social.

El Presidente de la AME refiere el artículo 6 del COOTAD, que señala que ninguna función del Estado ni autoridad extraña podrá interferir en la autonomía de los gobiernos autónomos descentralizados, salvo lo prescrito por la Constitución y las leyes de la República, estando prohibido a cualquier autoridad o funcionario

ajeno a los gobiernos autónomos descentralizados, derogar impuestos, establecer exenciones, exoneraciones, participaciones o rebajas de los ingresos tributarios y no tributarios propios de los gobiernos autónomos descentralizados, sin resarcir con otra renta equivalente en su cuantía e impedir de cualquier manera que un gobierno autónomo descentralizado recaude directamente sus propios recursos, conforme la ley.

El pronunciamiento del Procurador General del Estado, no constituye una intromisión en funciones propias de los gobiernos autónomos descentralizados, puesto que la competencia del Procurador para inteligenciar la ley se halla establecida en el numeral 3 del artículo 237 de la Constitución de la República y los artículos 3 y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y las exenciones que se analizan en el pronunciamiento contenido en el oficio No. 00987 de 21 de marzo de 2011, nacen de la ley, no del pronunciamiento del Procurador.

El artículo 120 numeral 6 de la Constitución de la República, determina como atribución de la Asamblea Nacional, la expedición, codificación, reforma, derogatoria e interpretación con carácter generalmente obligatorio de las leyes, a la vez que el numeral 7 determina como competencia de la Asamblea Nacional el crear, modificar o suprimir tributos mediante ley.

La letra z) de las Disposiciones Reformatorias y Derogatorias del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, referida por el Presidente de la AME, contiene una derogatoria de carácter general, por lo que de existir la contraposición que afirma el Presidente de la AME, entre el artículo 567 del COOTAD y 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, cabe analizar la indicada derogatoria en el contexto general de las disposiciones derogatorias del COOTAD, que en el caso de “normas contrapuestas” al Código Orgánico en mención, las ha derogado expresamente. Cito a manera de ejemplo las letras d), e), x) y y), entre otras, que derogaron la Ley de Descentralización del Estado y Participación Social, la Ley de Distribución del 15% del Presupuesto del Gobierno Central para los gobiernos seccionales, la Disposición Transitoria Sexta de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, los Artículos 20 numeral 13, 44, 45, Disposiciones General Décimo Cuarta y Disposición Transitoria Décimo Cuarta de la Ley Orgánica de Tránsito, Transporte Terrestre y Seguridad Vial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 398 del 7 de agosto de 2008, en su orden, por lo que de haber considerado el legislador que el artículo 567 del

COOTAD era inconciliable y totalmente opuesto respecto del artículo 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, seguramente lo habría derogado expresamente como lo hizo con muchas otras normas.

De igual manera, si se analiza la Ley Orgánica de Empresas Públicas en su contexto general, es evidente la voluntad del legislador de eliminar toda carga tributaria que haga más gravosa la provisión de los servicios públicos, dada la importancia de tales servicios para el desarrollo del país.

Esta Procuraduría, en el pronunciamiento contenido en el oficio No. 00987 de 21 de marzo de 2011, concluyó que las disposiciones del inciso segundo del artículo 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y el 567 del COOTAD, no son contrapuestas. En tal virtud no cabe aplicar la derogatoria tácita prevista en los artículos 37 y 38 del Código Civil, que fundamentan el pedido de reconsideración del Presidente de la AME.

El artículo 313 de la vigente Constitución de la República, establece como sectores estratégicos, entre otros, la energía en todas sus formas; y, según el artículo 314 *ibídem*, es responsabilidad del Estado la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias y los demás que determine la ley, por lo que la Carta Constitucional admite solo de forma “excepcional” la delegación a la iniciativa privada la participación en sectores estratégicos y de servicios públicos, al tenor del artículo 316 de la Constitución de la República.

Adicionalmente, el artículo 315 de la Constitución de la República, prevé la existencia de empresas públicas “para la gestión de sectores estratégicos, prestación de servicios públicos, aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas”. Concordante, el artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas se refiere a las empresas públicas como entidades de derecho público “destinadas a 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” lo que permite colegir que las empresas públicas que puede crear el Estado, no se circunscriben únicamente a los servicios públicos, como señala el Alcalde de Guayaquil en su oficio No. AG-2011-13902 de 21 de abril de 2011.

En virtud del análisis jurídico anterior, al no haber variado los argumentos jurídicos que sirvieron de fundamento para emitir el pronunciamiento referente a la segunda consulta, constante en oficio No. 00987 de 21 de marzo de 2011 y analizados los argumentos esgrimidos por la Asociación de Municipalidades del Ecuador AME, se concluye que no procede el pedido de reconsideración formulado por la indicada Asociación.

Este pronunciamiento, ni la absolución que origina el pedido de reconsideración, constituyen interpretación de la Ley, por ser ésta facultad exclusiva de la Asamblea Nacional.

2.- Solicitud de ampliación del pronunciamiento contenido en oficio No. 00987 de 21 de marzo de 2011, formulada por el Ministro de Electricidad y Energía Renovable, mediante oficio No. 409-DM-SJ-2011-1372 de 1 de abril de 2011.-

En la primera consulta del pronunciamiento contenido en el oficio No. 14666 de 14 de junio de 2010, al que se refiere el Ministro de Electricidad y Energía Renovable, concluí en el siguiente tenor:

...De lo dicho se desprende que de conformidad con el tenor literal del artículo 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, el alcance de la exención que dicha norma establece, está referido exclusivamente a impuestos, y entre ellos los impuestos municipales, así como a cualquier contraprestación por concepto de uso u ocupación de espacio público o vía pública, destinado a la colocación de estructuras, postes y tendido de redes.

En consecuencia, 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”.

El artículo 35 del Código Tributario establece que:

“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”.

De la norma citada, se establece que el Código Tributario ha establecido una exención general del pago de impuestos, dentro de los límites que establezca la ley y sin perjuicio de lo que dispongan otras normas, entre otras entidades, a favor de las empresas públicas constituidas al amparo de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y de 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, exención que no alcanza a las tasas y contribuciones especiales, según consta del tenor del propio artículo 35 del mismo Código Tributario.

Adicionalmente, la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en su artículo 41, con relación al régimen tributario de las empresas sujetas a su ámbito de aplicación, dispone lo siguiente:

“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 Contribuyentes, lleven contabilidad y cumplan

con los demás deberes formales contemplados en el Código Tributario, esta Ley y demás leyes de la República.

Las empresas públicas que presten servicios públicos estarán exentas del pago de regalías, tributos o de cualquier otra contraprestación por el uso u ocupación del espacio público o la vía pública y del espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal, para colocación de estructuras, postes y tendido de redes”.

En concordancia, la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, estableció el régimen transitorio en los siguientes términos:

“...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....

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

...2.2.1.5. Régimen previsto para las empresas incluidas en el Mandato Constituyente No. 15.- De conformidad con lo previsto en la Disposición Transitoria Tercera del Mandato Constituyente No. 15 expedido por la Asamblea Nacional Constituyente el 23 de julio de 2008, en virtud de sus indicadores de gestión, las siguientes sociedades anónimas: Empresa Eléctrica Quito S.A., Empresa Eléctrica Regional del Sur S.A., Empresa Eléctrica Regional Norte S.A., Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A.; Empresa Eléctrica Cotopaxi S.A.; Empresa Eléctrica Riobamba S.A.; Empresa Eléctrica Ambato Regional Centro Norte S.A.; y, Empresa Eléctrica Azogues S.A.; hasta que se expida el nuevo marco jurídico del sector eléctrico, 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. Igual tratamiento, en virtud de sus indicadores de gestión, se aplicará a la empresa ELECTRO GENERADORA DEL AUSTRO ELECAUSTRO S.A.”.

De las normas del Régimen Transitorio de la Ley Orgánica de Empresas Públicas que he citado, se establece que hasta que se expida un nuevo marco jurídico que regule el sector eléctrico, las empresas señaladas en dicho régimen transitorio, seguirán operando como compañías anónimas reguladas por la Ley de Compañías, exclusivamente para los asuntos de orden societario y para los demás aspectos, entre ellos el tributario, quedan sujetas a la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Por su parte, la Disposición Transitoria Décima de la misma Ley Orgánica de Empresas Públicas, contiene normas de carácter tributario, que prevén: "... Como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 41 de esta Ley, queda sin efecto todo proceso de determinación directa, complementaria o presuntiva que se hubiere iniciado en contra de cualquiera de las personas jurídicas que como consecuencia de la expedición de esta Ley, están sujetas a su ámbito de aplicación..."

De conformidad con el artículo 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y del numeral 2.2.1.4 del Régimen Transitorio de la Ley Orgánica ibídem, que trata sobre 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 de energía eléctrica, así como también del numeral 2.2.1.5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que trata sobre las empresas incluidas en el Mandato Constituyente No. 15, de conformidad con lo previsto en la Disposición Transitoria Tercera del Mandato Constituyente No. 15, expedido por la Asamblea Nacional Constituyente, se concluye que las empresas privadas referidas en los indicados numerales 2.2.1.4 y 2.2.1.5 del Régimen Transitorio de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que prestan el servicio público de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, están sujetas al mismo régimen tributario de las empresas públicas y por lo tanto gozan de las mismas exenciones que las empresas públicas, contenidas en la indicada Ley Orgánica de Empresas Públicas.

En tal virtud, las empresas privadas señaladas en los numerales 2.2.1.4 y 2.2.1.5 del Régimen Transitorio de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, están exentas del pago de regalías, tributos o de cualquier otra contraprestación por el uso u ocupación del espacio público o la vía pública y del espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal, para colocación de estructuras, postes y tendido de redes, conforme lo prevé el artículo 41 inciso segundo de la Ley Orgánica de Empresas Públicas; y además, gozarán del derecho de uso gratuito de vías, postes, ductos, veredas e infraestructura similar de propiedad estatal, regional, provincial, municipal o de otras empresa públicas, según la Disposición General Octava de la misma Ley Orgánica, por lo que el cobro de la tasa referida en el inciso segundo del artículo 567 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, por el uso u ocupación del espacio público o la vía pública por parte de los gobiernos autónomos descentralizados no se aplica a las empresas públicas que prestan servicios públicos, ni a las empresas

privadas referidas en los numerales 2.2.1.4 y 2.2.1.5 del Régimen Transitorio de la Ley Orgánica de Empresas Públicas que están sujetas a régimen tributario de excepción dispuesto en la indicada Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Queda aclarado en los términos precedentes el pronunciamiento constante en el oficio No. No. 00987 de 21 de marzo de 2011, respecto de lo cual ya me había pronunciado mediante oficio No. 14666 de 14 de junio 2010.

OF. PGE. N°: 01808, de 16-05-2011

EMPRESAS PÚBLICAS: NATURALEZA JURÍDICA, EXENCIÓN DE TRIBUTOS, PROCESO COACTIVO E IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY

ENTIDAD CONSULTANTE: GOBIERNO MUNICIPAL DEL CANTÓN EL GUABO

CONSULTAS:

1. “¿La Ley Orgánica de Empresas Públicas está comprendida dentro del Derecho Público, que establece que solo se debe hacer o cumplir con lo que está escrito?”.
2. “¿Es aplicable la Ley Orgánica de Empresas Públicas a una Corporación Estatal, que no ha cumplido con lo determinado en la misma Ley de convertirse en empresa pública?”.
3. “¿Puede una ley sea cual fuere su jerarquía, contraponerse a lo prescrito en el Art. 7 del Código Civil que establece que ninguna ley tiene efecto retroactivo?”.
4. “¿Si la Ley Orgánica de Empresas Públicas se encuentra comprendida dentro del Derecho Público, puede quedar sin efecto un juicio especial de coactivas por la falta de pago de una tasa municipal, en aplicación del numeral 10.4 de la Décima Disposición Transitoria, cuando esta solo se refieren a que se suspenda “toda clase de juicios contenciosos tributarios derivados de cualquier acto administrativo de determinación tributaria”, más no se refiere a juicios coactivos?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 226 y 315.

Ley Orgánica de Empresas Públicas Arts. 1, 4, 41, Disps. Gen. Octava y Trans. Segunda y Décima num. 10.4.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Art. 567.
Código Orgánico de la Función Judicial Arts. 7, 10, 31, 217 num. 10, 219 num. 8,
222 num. 1.

Código Tributario Arts. 35 num. 2 y 217.

Mandato N° 15 Disp. Trans. Tercera.

Código Civil Art. 7.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. El artículo 315 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que el Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas; y, dispone que las empresas públicas 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 artículo 1 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, dispone que esa Ley regula 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 artículo 4 ibídem, define a las empresas públicas como: “entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión”, destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado.

El mismo artículo se refiere además a las empresas subsidiarias y filiales de las empresas públicas, y a las agencias y unidades de negocio, creadas para desarrollar sus actividades o prestar servicios de manera desconcentrada.

Por su parte, el artículo 226 de la Constitución de la República, establece el principio de legalidad que rige en Derecho Público, y dispone que: “Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o

servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”.

De las normas citadas se desprende que las empresas públicas pertenecen al Estado y son personas jurídicas de derecho público, según las define el citado artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que en sus Transitorias ha dispuesto la transformación de las sociedades anónimas de propiedad del Estado, previendo un régimen de excepción aplicable a las sociedades anónimas de propiedad del Estado que operan en el sector eléctrico, conforme se analizará al atender su segunda consulta.

En atención a los términos de su primera consulta se concluye que la Ley Orgánica de Empresas Públicas es un cuerpo normativo que contiene normas de Derecho Público, cuya aplicación se sujeta al principio de legalidad establecido en el artículo 226 de la Constitución de la República.

2. El informe del Procurador Síndico Municipal, contenido en oficio No. 016-DJMG-2011 de 3 de febrero de 2011, que se ha acompañado a la consulta, cita entre otras normas el artículo 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que en su segundo inciso establece una exención al pago de tributos en beneficio de las empresas públicas que prestan servicios públicos; y, la Disposición General Octava de la misma Ley, que les confiere derecho de uso gratuito de vías; así como la Transitoria Segunda que ordena la transformación de las sociedades anónimas en las que el Estado sea accionista, en empresas públicas.

El citado informe invoca además el artículo 567 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que dispone que las empresas públicas o privadas que utilicen u ocupen vía pública y el espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal, para la colocación de estructuras, postes y tendido de redes, pagarán al gobierno autónomo descentralizado respectivo, la tasa o contraprestación por dicho uso u ocupación.

En cuanto se refiere a la Corporación Nacional de Electricidad, Regional de El Oro, el informe del Procurador Síndico Municipal manifiesta que se trata de una

entidad del Estado pero que “aún no se ha convertido en empresa pública para que pueda acogerse a los beneficios que concede dicha Ley”.

En el análisis de la materia sobre la que trata su consulta, es pertinente considerar que el numeral 2 del artículo 35 del Código Tributario, establece exenciones generales, exclusivamente para el pago de impuestos y no de tasas ni de contribuciones especiales, en beneficio de “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”.

De conformidad con el numeral 15 del artículo 326 de la Constitución de la República y el artículo 6 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, la prestación de los servicios de energía eléctrica constituye un servicio público, cuyo titular es el Estado.

La Disposición Transitoria Tercera del Mandato 15, determinó que para la gestión empresarial de las empresas eléctricas y de telecomunicaciones en las que el Fondo de Solidaridad era accionista mayoritario, esa Institución podrá ejecutar los actos societarios que sean necesarios para la reestructuración de dichas empresas. Para el efecto, el Mandato autorizó reformar estatutos sociales, fusionar, conformar nuevas sociedades, resolver la disolución de compañías.

La citada Transitoria Tercera del Mandato 15, excluyó de la reestructuración dispuesta, hasta que se expida el nuevo marco normativo del sector eléctrico y de empresas públicas, a las siguientes empresas: Empresa Eléctrica Quito S.A., Empresa Eléctrica Centro Sur, Empresa Eléctrica Regional del Sur, Empresa Eléctrica Azogues, Empresa Eléctrica Regional del Norte, Empresa Eléctrica Ambato, Empresa Eléctrica Cotopaxi, Empresa Eléctrica Riobamba.

Conforme se desprende del texto de la Disposición Transitoria Tercera del Mandato 15, la Empresa Eléctrica de El Oro, no fue excluida de su aplicación y en consecuencia estuvo sujeta a la reestructuración societaria establecida en dicha Transitoria, por lo que se fusionó con otras empresas eléctricas de propiedad del extinguido Fondo de Solidaridad y varios gobiernos autónomos, constituyéndose la CNEL Corporación Nacional de Electricidad S.A., que según se desprende del oficio No. 438-DM-SJ-2011-1399 de 1 de abril de 2011, del Ministro de Electricidad y Energía Renovable, “se constituyó mediante escritura

pública otorgada por el Notario Trigésimo Octavo del cantón Guayaquil, Dr. Humberto Moya Flores, el 15 de en diciembre de 2008, e inscrita en el Registro Mercantil del cantón Guayaquil el 16 de enero de 2009; fecha desde la cual presta el servicio público de distribución y comercialización de energía eléctrica a la provincia de El Oro, como una persona jurídica de derecho privado, cuyo objeto social es la generación, distribución y comercialización de energía eléctrica, cuyo paquete accionario corresponde a entidades públicas”.

Con posterioridad a ello, se promulgó la Ley Orgánica de Empresas Públicas, cuya Disposición Transitoria Segunda, establece el procedimiento de transformación en empresas públicas de las sociedades anónimas en las que el Estado, a través de sus entidades y organismos, sea accionista, señalando que dicha transformación deberá cumplirse en un plazo máximo de noventa días, contados a partir de la expedición de la precitada Ley, que fue publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 48 de 16 de octubre de 2009.

El Ministro de Electricidad y Energía Renovable, en su oficio No. 438-DM-SJ-2011-1399 de 1 de abril de 2011, manifiesta que sobre las empresas cuyo accionista mayoritario es el Estado, entre las que se incluyen las sociedades anónimas del sector eléctrico, el numeral 2.2.1.4. de la Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, establece un régimen de excepción. Dicho numeral dispone:

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

Sobre dicha base normativa, concluye el Ministro de Electricidad y Energía Renovable que “CNEL es una sociedad anónima legalmente constituida, sin embargo por disposición de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se rige bajo

la normativa del Derecho Público, por lo que no compartimos con el criterio del Gobierno Municipal del Cantón El Guabo”.

Del texto del numeral 2.2.1.4 de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas que antes fue transcrito se desprende que, con respecto a las compañías anónimas de propiedad del Estado que operan en el sector eléctrico, únicamente para los asuntos societarios siguen reguladas por la Ley de Compañías, mientras que en los demás aspectos, tales como el tributario, están sujetas a la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

De las normas hasta aquí citadas se desprende que, las sociedades anónimas de propiedad del Estado, que operan en el sector eléctrico, están sujetas al régimen de excepción establecido por el numeral 2.2.1.4 de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que les permite seguir operando como compañías anónimas reguladas por la Ley de Compañías, exclusivamente para los asuntos de orden societario, mientras que para los demás aspectos, tales como el régimen tributario, esas empresas observarán las disposiciones de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Sobre las exenciones de impuestos, el artículo 35 del Código Tributario prevé:

“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”.

En materia tributaria, el artículo 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, dispone:

“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 Contribuyentes, lleven contabilidad y cumplan con los demás deberes formales contemplados en el Código Tributario, esta Ley y demás leyes de la República.

Las empresas públicas que presten servicios públicos estarán exentas del pago de regalías, tributos o de cualquier otra contraprestación por el uso u ocupación del espacio público o la vía pública y del espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal, para colocación de estructuras, postes y tendido de redes”.

Adicionalmente, la Disposición General Octava de la misma Ley Orgánica prevé:

“OCTAVA: USO DE INFRAESTRUCTURA PARA PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS.- Las Empresas Públicas prestadoras de servicios públicos gozarán del derecho de uso gratuito de vías, postes, ductos, veredas e infraestructura similar de propiedad estatal, regional, provincial, municipal o de otras empresas públicas, por lo que, estarán exentas del pago de tributos y otros similares por este concepto.

El uso de dicha infraestructura se hará previa coordinación con el respectivo dueño de los bienes, quien priorizará las necesidades propias de su servicio o ejecución de sus actividades y que exista la capacidad técnica de la infraestructura”.

Sobre la aplicación del artículo 41, la Disposición General Octava de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y el artículo 567 del COOTAD, en atención a una consulta formulada con respecto a las empresas públicas, la Procuraduría General del Estado se pronunció en el oficio No. 987 de de 21 de marzo de 2011, en el siguiente sentido:

“...la Ley Orgánica de Empresas Públicas regula los aspectos relacionados con este tipo de empresas y dentro de este contexto, el artículo 41 y la Disposición General Octava de la indicada Ley, han previsto exenciones tributarias en lo que atañe exclusivamente a las empresas públicas que prestan servicios públicos; mientras que, la previsión del inciso segundo del artículo 567 del COOTAD,

corresponde aplicarse a las demás empresas públicas y privadas en general, de lo que se concluye que no existe una contraposición entre las disposiciones de la Ley Orgánica de Empresas públicas y el COOTAD que motivan su consulta.

En virtud de lo expresado en el párrafo anterior, toda vez que las normas que motivan su solicitud no se contraponen entre sí, se aprecia que el inciso segundo del artículo 567 del COOTAD, no afecta la vigencia del inciso segundo del artículo 41 y de la Disposición General Octava de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Por las consideraciones expuestas, con fundamento en el análisis jurídico precedente, se concluye que las empresas públicas que presten servicios públicos están exentas del pago de regalías, tributos o de cualquier otra contraprestación por uso u ocupación del espacio público o la vía pública y del espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal, para colocación de estructuras, postes y tendido de redes, conforme lo prevé el artículo 41 inciso segundo de la Ley Orgánica de Empresas Públicas; y además, gozarán del derecho de uso gratuito de vías, postes, ductos, veredas e infraestructura similar de propiedad estatal, regional, provincial, municipal o de otras empresas públicas, por lo que, estarán exentas del pago de tributos y otros similares por este concepto, al tenor de la Disposición General Octava de la misma Ley Orgánica.

Sin perjuicio de lo expuesto, en virtud de que las exenciones que he señalado en el párrafo precedente se aplican únicamente a las empresas públicas que prestan servicios públicos, al tenor de las normas de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, referidas en el mismo párrafo, con respecto a las empresas Públicas que no prestan servicios públicos y a las empresas privadas, se aplica el inciso segundo del artículo 567 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que establece que, las empresas públicas (debiendo entenderse aplicable a las que no presten servicios públicos) o las empresas privadas que utilicen u ocupen el espacio público o la vía pública y el espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal, para la colocación de estructuras, postes y tendido de redes, pagarán al gobierno autónomo descentralizado respectivo la tasa o contraprestación por dicho uso u ocupación”.

Posteriormente, el Ministro de Energía y Recursos Renovables, mediante oficio No. 409-DM-SJ-2011-1372 de 1 de abril de 2011, solicitó a este Despacho una ampliación del pronunciamiento contenido en oficio No. 00987 de 21 de marzo de 2011, con relación a las empresas privadas del sector eléctrico, a las que

se refieren el Mandato Constituyente No. 15 y al Ley Orgánica de Empresas Públicas, en concordancia con el pronunciamiento que sobre dichas empresas emitió este Organismo mediante oficio No. 14666 de 14 de junio de 2010.

Con respecto a la solicitud citada en el párrafo precedente, según consta del oficio No. 1808 de 16 de mayo de 2011, la Procuraduría General del Estado se pronunció en el siguiente tenor:

“De conformidad con el artículo 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y del numeral 2.2.1.4 del Régimen Transitorio de la Ley Orgánica ibídem, que trata sobre 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 de energía eléctrica, así como también del numeral 2.2.1.5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que trata sobre las empresas incluidas en el Mandato Constituyente No. 15, de conformidad con lo previsto en la Disposición Transitoria Tercera del Mandato Constituyente No. 15, expedido por la Asamblea Nacional Constituyente, se concluye que las empresas privadas referidas en los indicados numerales 2.2.1.4 y 2.2.1.5 del Régimen Transitorio de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que prestan el servicio público de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, están sujetas al mismo régimen tributario de las empresas públicas y por lo tanto gozan de las mismas exenciones que las empresas públicas, contenidas en la indicada Ley Orgánica de Empresas Públicas.

En tal virtud, las empresas privadas señaladas en los numerales 2.2.1.4 y 2.2.1.5 del Régimen Transitorio de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, están exentas del pago de regalías, tributos o de cualquier otra contraprestación por el uso u ocupación del espacio público o la vía pública y del espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal, para colocación de estructuras, postes y tendido de redes, conforme lo prevé el artículo 41 inciso segundo de la Ley Orgánica de Empresas Públicas; y además, gozarán del derecho de uso gratuito de vías, postes, ductos, veredas e infraestructura similar de propiedad estatal, regional, provincial, municipal o de otras empresas públicas, según la Disposición General Octava de la misma Ley Orgánica, por lo que el cobro de la tasa referida en el inciso segundo del artículo 567 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, por el uso u ocupación del espacio público o

la vía pública por parte de los gobiernos autónomos descentralizados no se aplica a las empresas públicas que prestan servicios públicos, ni a las empresas privadas referidas en los numerales 2.2.1.4 y 2.2.1.5 del Régimen Transitorio de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que están sujetas a régimen tributario de excepción dispuesto en la indicada Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Queda aclarado en los términos precedentes el pronunciamiento constante en el oficio No. No. 00987 de 21 de marzo de 2011, respecto de lo cual ya me había pronunciado mediante oficio No. 14666 de 14 de junio 2010”.

Con los antecedentes expuestos, en atención a su segunda consulta, se concluye que de conformidad con el numeral 2.2.1.4 de la Disposición Segunda del Régimen Transitorio de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que establece el régimen de excepción aplicable a las sociedades anónimas de propiedad del Estado, cuyo objeto social sea la generación, transmisión, distribución de energía eléctrica, esas empresas seguirán operando hasta que se expida el nuevo marco jurídico del sector eléctrico, como compañías anónimas reguladas por la Ley de Compañías, exclusivamente para los asuntos societarios, debiendo observar en los demás aspectos, tales como el tributario, las normas de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Conforme señalé en líneas anteriores, según la Disposición Transitoria Tercera del Mandato 15, la Empresa Eléctrica de El Oro, no fue excluida de la reestructuración prevista en dicha transitoria, por lo que se fusionó con otras empresas eléctricas de propiedad del extinguido Fondo de Solidaridad y varios gobiernos autónomos, constituyéndose la CNEL Corporación Nacional de Electricidad S.A., entidad sujeta al régimen de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, por disposición del numeral 2.2.1.4 de la Disposición Segunda del Régimen Transitorio de la Ley Orgánica de Empresas

3 y 4. En el informe jurídico del Procurador Síndico Municipal, contenido en oficio No. 016-DJMG-2011 de 3 de febrero de 2011, cita el artículo 7 del Código Civil, que establece el principio de irretroactividad de la ley, y con respecto al numeral 10.4 de la Décima Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Empresas Públicas que deja sin efecto todo proceso de determinación tributaria que se hubiere iniciado contra las empresas sujetas al ámbito de esa Ley, incluyendo los iniciados antes de su vigencia, concluye que: “no es aplicable en el proceso

coactivo que emprende el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón El Guabo contra la Corporación Nacional de Electricidad S.A. Regional El Oro”.

El numeral 10.4 de la Disposición Transitoria Décima de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, prescribe:

“10.4. Como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 41 de esta Ley, queda sin efecto todo proceso de determinación directa, complementaria o presuntiva que se hubiere iniciado en contra de cualquiera de las personas jurídicas que como consecuencia de la expedición de esta Ley, están sujetas a su ámbito de aplicación, incluyendo aquellos procesos iniciados contra sociedades cuyos pasivos han sido asumidos por la empresa pública, mediante la instrumentación de cualesquier figura mercantil o societaria permitida por la Ley, incluso antes de la vigencia de la misma; quedando por tanto sin efecto toda orden de determinación, acta borrador, acta definitiva y en general toda otra clase de actos administrativos vinculados o conexos, así como toda clase de juicios contenciosos tributarios derivados de cualquier acto administrativo de determinación tributaria.

El Director General del Servicio de Rentas Internas dictará la o las resoluciones correspondientes para dar de baja los títulos de crédito emitidos con ocasión de los procesos de determinación directa, complementaria o presuntiva antes referidos, originados con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, respecto de las personas jurídicas señaladas en el inciso anterior.

Igualmente, en forma complementaria, el Director General del Servicio de Rentas Internas ordenará el archivo de toda causa que se encuentre ventilando dentro de la jurisdicción coactiva de la entidad a su cargo, iniciada en contra de las personas jurídicas señaladas en el inciso primero de este numeral”.

Según expone el Ministro de Electricidad y Energía Renovable en el oficio No. 438-DM-SJ-2011-1399 de 1 de abril de 2011, los Municipios de los distintos cantones han emitido títulos de crédito a cargo de las Empresas de Distribución de Energía Eléctrica por concepto de tributos, “y han procedido a determinar obligaciones tributarias, liquidar, impulsar y ejecutar procesos coactivos que incluso se encuentran en etapa de ejecución, esto con el propósito de cobrar los valores por los tributos...”.

El Ministro de Electricidad y Energía Renovable cita el numeral 10.4 de la Disposición Transitoria Décima de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y sobre su base concluye que: “los gobiernos autónomos descentralizados, entre ellos el Gobierno Municipal del Cantón El Guabo, deben dejar sin efecto todo proceso de determinación directa, complementaria o presuntiva iniciado en contra de las distribuidoras de energía”.

El Ministerio cita el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado, contenido en oficio No. 14666 de 14 de junio de 2010, en el que sobre la aplicación del numeral 10.4 de la Disposición Transitoria Décima de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se analizó que el legislador le confirió retroactividad en forma expresa a dicha norma, sobre la base del artículo 120 de la Constitución de la República, que en su numeral 7 dispone que corresponde a la Asamblea Nacional, crear, modificar o suprimir tributos mediante ley, sin menoscabo de las atribuciones conferidas a los gobiernos autónomos descentralizados.

El pronunciamiento concluyó que: “...de la Disposición Transitoria Décima, numeral 10.4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se desprende que los Municipios, como sujetos activos de tributos, deben 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”.

El pronunciamiento anteriormente citado, contenido en el oficio No. 14666 de 14 de junio de 2010, se refirió a la procedencia de que se dejen sin efecto juicios coactivos derivados de los impuestos motivo de dicha consulta.

Al atender su segunda consulta, se analizó que las sociedades anónimas de propiedad del Estado que operan en el sector eléctrico, están sujetas al régimen de excepción establecido por el numeral 2.2.1.4 de la Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en virtud del cual pueden seguir operando como sociedades anónimas reguladas por la Ley de Compañías exclusivamente en el aspecto societario, mientras que para las demás materias, incluida la tributaria están sujetas a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, cuyo artículo 41 primer inciso, determina que les sea aplicable el régimen tributario correspondiente a las entidades y organismos del sector público.

Se ha analizado también que de conformidad con los artículos 41 primer inciso de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y el numeral 2 del artículo 35 del Código Tributario, a la CNEL Corporación Nacional de Electricidad S.A., que presta el servicio público de distribución y comercialización de energía eléctrica, le es aplicable el régimen tributario correspondiente al de las entidades y organismos del sector público.

En consecuencia, con respecto de su tercera consulta, se concluye que la Asamblea Nacional ha dado efecto retroactivo al numeral 10.4 de la Disposición Transitoria Décima de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en ejercicio de la competencia que le asigna el artículo 120 de la Constitución de la República, que en su numeral 7, dispone que corresponde a la Asamblea Nacional, crear, modificar o suprimir tributos mediante ley, sin menoscabo de las atribuciones conferidas a los gobiernos autónomos descentralizados.

En su cuarta consulta señala que el numeral 10.4 de la Décima Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se refiere a que se suspenda “toda clase de juicios contenciosos tributarios derivados de cualquier acto administrativo de determinación tributaria” pero que no se refiere a juicios coactivos.

El artículo 217 del Código Tributario, se refiere al juicio contencioso tributario en los siguientes términos:

“Art. 217.- Concepto y límites de la jurisdicción.- La Jurisdicción contencioso - tributaria consiste en la potestad pública de conocer y resolver las controversias que se susciten entre las administraciones tributarias y los contribuyentes, responsables o terceros, por actos que determinen obligaciones tributarias o establezcan responsabilidades en las mismas o por las consecuencias que se deriven de relaciones jurídicas provenientes de la aplicación de leyes, reglamentos o resoluciones de carácter tributario”.

El Código Orgánico de la Función Judicial, en el artículo 7, referido a los principios de legalidad, jurisdicción y competencia, determina que la jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley; agrega, que “Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos”.

Por su parte, el artículo 10 del indicado Código Orgánico, prescribe que de conformidad con el principio de unidad jurisdiccional, “ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución”.

En el artículo 31 de referido Código Orgánico, se determina que las resoluciones dictadas dentro de un procedimiento por otras autoridades e instituciones del Estado, distintas de las expedidas por quienes ejercen jurisdicción, en que se reconozcan, declaren, establezcan, restrinjan o supriman derechos, “no son decisiones jurisdiccionales; constituyen actos de la Administración Pública o Tributaria, impugnables en sede jurisdiccional”.

Al tenor del artículo 217 numeral 10 del citado Código, corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo, conocer los juicios de “excepciones a la coactiva” en materia no tributaria; en tanto que, en su artículo 219 numeral 8, se establece que corresponde a las juezas y jueces que integran las salas de lo contencioso tributario, conocer de la “excepciones al procedimiento de ejecución”. En este último caso, el Código Tributario en el artículo 222 numeral 1, establece la competencia de la jueza o juez de lo contencioso tributario, para el conocimiento de las excepciones al procedimiento de ejecución.

El numeral 10.4 de la Disposición Transitoria Décima de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que he citado en líneas anteriores, claramente se refiere a: ...“y en general toda otra clase de actos administrativos vinculados o conexos, así como toda clase de juicios contenciosos tributarios derivados de cualquier acto administrativo de determinación tributaria”.

Esta Procuraduría ya se ha pronunciado sobre la inexistencia de los jueces de coactiva, toda vez que el procedimiento coactivo constituye un procedimiento administrativo y por lo tanto se tratan de actos administrativos no jurisdiccionales, según consta del pronunciamiento contenido en el oficio No. 11654 de 12 de enero de 2010, con motivo de una consulta efectuada por el Superintendente de Compañías, que en su parte pertinente señala:

“Conforme a las normas legales citadas, se desprende que la acción coactiva para el cobro de créditos no tributarios y tributarios, se ejerce privativamente

por la Administración Pública, con sujeción a las disposiciones antes referidas del Código de Procedimiento Civil o del Código Tributario, según corresponda; aclarando que este ejercicio tiene únicamente fuero administrativo...”.

En relación a su cuarta consulta, del análisis jurídico precedente y en armonía con lo referido al atender su segunda consulta, se concluye que los procesos coactivos iniciados por la Municipalidad del Cantón El Guabo, para el cobro de impuestos y tasas municipales conforme lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 35 del Código Tributario y en el inciso segundo del artículo 41 y Disposición General Octava de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, a las sociedades anónimas de propiedad del Estado, que prestan servicios de energía eléctrica, como es el caso específico de la CNEL S.A, están sujetos a la aplicación del numeral 10.4 de la Disposición Transitoria Décima de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y por lo tanto deben quedar sin efecto los procedimientos coactivos derivados de impuestos y tasas conforme a lo previsto en el numeral 10.4 de la Disposición Transitoria Décima de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en concordancia con el número 2 del artículo 35 del Código Tributario, el inciso segundo del artículo 41 y Disposición General Octava de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, antes referidos.

OF. PGE. N°: 01906, de 20-05-2011

EMPRESAS PÚBLICAS PETROECUADOR Y PETROAMAZONAS: RÉGIMEN LEGAL PARA LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS

ENTIDAD CONSULTANTE: EP PETROECUADOR

CONSULTA:

“¿El artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas contradice, se opone o deja sin efecto la Disposición Derogatoria No. 9 de la Ley Orgánica del Sistema de Compras Públicas?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 315.

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

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Art. 1. y Disp. Derogatoria num. 9.

Ley Reformativa a la Ley de Hidrocarburos Art. 1.

Ley de Régimen Tributario Interno Art. 2.

D. E. N° 314 Art. 7.

D. E. N° 315 Art. 6.

PRONUNCIAMIENTO:

El informe jurídico contenido en documento sin número ni fecha, que se ha acompañado a la consulta, está suscrito en forma conjunta por el Procurador de EP PETROECUADOR y el Jefe Legal de EP PETROAMAZONAS.

En el citado informe jurídico se expone que mediante Decreto Ejecutivo No. 314, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 171 de 14 de abril de 2010, se creó la Empresa Pública de Exploración y Explotación de Hidrocarburos PETROAMAZONAS EP, para la gestión de las actividades asumidas por el Estado en el sector estratégico de los hidrocarburos, en las fases de exploración y explotación.

El informe agrega que el artículo 7 del citado Decreto Ejecutivo No. 314 de creación de PETROAMAZONAS EP, dispone:

“Art. 7.- Los sistemas de contratación de PETROAMAZONAS EP se someterán a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con excepción de las actividades de exploración y explotación de recursos hidrocarburíferos que se regirán por la normativa prevista en la Ley de Hidrocarburos, su reglamentación y demás disposiciones aplicables en esta materia que se declaran vigentes y de plena eficacia. Tales sistemas de contratación también se podrán regir por la normativa que expida en lo futuro PETROAMAZONAS EP, facultándose a su Directorio a realizar las reformas que considere pertinentes a los reglamentos vigentes”.

Se añade que mediante Decreto Ejecutivo No. 315, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 171 de 14 de abril de 2010, se creó la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador “EP PETROECUADOR”, con el objeto de gestionar el sector estratégico de los recursos naturales no renovables en todas las fases de la actividad hidrocarburífera; cuyo artículo 6 dispone:

“Art. 6.- Los sistemas de contratación de EP PETROECUADOR se someterán a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con excepción de las diversas fases de la actividad hidrocarburífera que se regirán por la normativa prevista en la Ley de Hidrocarburos, su reglamentación y demás disposiciones

aplicables en esta materia que se declaran vigentes y de plena eficacia. Tales sistemas de contratación también se podrán regir por la normativa que expida en lo futuro EP PETROECUADOR, facultándose a su directorio a realizar las reformas que considere pertinentes a los reglamentos vigentes”.

El informe jurídico expone que los Directorios de PETROAMAZONAS EP y de PETROECUADOR EP, sobre la base de la habilitación conferida en los Decretos Ejecutivos que crearon dichas empresas públicas, han aprobado los Procedimientos para Contrataciones para las actividades de exploración y explotación de los recursos hidrocarbúferos, la Categorización de Actividades de Exploración y Explotación de los Recursos Hidrocarbúferos y el Catálogo Índice de Materiales para las Actividades de Exploración y Explotación de los recursos hidrocarbúferos, de cada una de dichas empresas.

El informe jurídico concluye manifestando que: “las disposiciones señaladas en la presente consulta, ni se contradicen, ni se oponen, ni se derogan, consiguientemente, las contrataciones en actividades de explotación y exploración de los recursos hidrocarbúferas que realicen EP PETROECUADOR y PETROAMAZONAS EP están exceptuadas de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por estar así expresamente dispuesta en dicha Ley Orgánica, y se regulan por la normativa que expida el Directorio de ambas Empresas Públicas, conforme lo establecido claramente en los Decretos Ejecutivos de constitución de ambas Empresas Públicas”.

Para analizar la consulta se considera que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008, establece su ámbito de aplicación en su artículo 1 que dispone:

“Art. 1.- Objeto y Ámbito.- Esta Ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría...”.

El numeral 9 de la Disposición Derogatoria de la citada Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que es una de las normas sobre cuya aplicación trata la consulta, dejó sin efecto “9. Las normas especiales de contratación pública que contengan otras leyes. Se exceptúan expresamente

las contrataciones en actividades de exploración y explotación de los recursos hidrocarburíferos; las contrataciones de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional, que no se refieran al ámbito de la presente Ley”.

Del tenor de la norma transcrita se desprende que la derogatoria excluyó expresamente de su alcance, a las normas de contratación referidas a actividades de exploración y explotación de los recursos hidrocarburíferos, materia que está regulada por la Ley de Hidrocarburos y sus reformas.

El artículo 1 de 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, sustituyó el primer inciso del artículo 2 de la Ley de Hidrocarburos, por el siguiente:

“El Estado explorará y explotará los yacimientos señalados en el artículo anterior en forma directa a través de las Empresas Públicas de Hidrocarburos. De manera excepcional podrá delegar el ejercicio de estas actividades a empresas nacionales o extranjeras, de probada experiencia y capacidad técnica y económica, para lo cual la Secretaría de Hidrocarburos podrá celebrar contratos de asociación, de participación, de prestación de servicios para exploración y explotación de hidrocarburos o mediante otras formas contractuales de delegación vigentes en la legislación ecuatoriana. También se podrá constituir compañías de economía mixta con empresas nacionales y extranjeras de reconocida competencia legalmente establecidas en el País”.

Posteriormente, el 29 de noviembre del 2010, en el Registro Oficial No. 330 se promulgo el Reglamento de Aplicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 546 de 15 de noviembre de 2010.

Por su parte, el artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 48 de 16 de octubre de 2009, establece el régimen jurídico que las empresas públicas deben observar en materia de contratación y dispone:

“Art. 34.- CONTRATACION EN LAS EMPRESAS PUBLICAS.- Todo proceso de contratación de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, así como las contrataciones en actividades de prospección, exploración, explotación,

refinación, comercialización, industrialización de los recursos hidrocarburíferos, las contrataciones de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional, que realicen las empresas públicas, estarán sujetos al Plan Nacional de Desarrollo, con observancia del presupuesto nacional y empresarial, además de lo siguiente:

...2. REGIMEN COMUN.- Las contrataciones de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, que realicen las empresas públicas, se sujetarán a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y demás disposiciones administrativas aplicables...

3. REGIMEN ESPECIAL.- En los casos en que las empresas públicas hubieren suscrito contratos o convenios tales como: alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar, será el convenio asociativo o contrato el que establezca los procedimientos de contratación y su normativa aplicable. En el caso de empresas constituidas con empresas de la comunidad internacional las contrataciones de bienes, obras y servicios se sujetarán al régimen especial que se contemple en el documento de asociación o acuerdo celebrado para tal efecto. En lo no previsto en el respectivo convenio o contrato, se estará a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública...”.

Del texto del primer inciso de la norma transcrita se observa que en éste se dispone que toda contratación que efectúe una empresa pública, incluyéndose expresamente las relacionadas a hidrocarburos, está sujeta al Plan Nacional de Desarrollo. Por su parte, el numeral 2 del artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se refiere al régimen común de contratación al que están sujetas dichas empresas, esto es a los procedimientos de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que establece el régimen común aplicable en el sector público para la contratación de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría. Al establecer este régimen común, en el inciso segundo del Art. 34 de la LOEP, a diferencia del inciso primero, la norma ya no se refiere a los contratos relativos a hidrocarburos, lo que evidencia que ésta se refiere al régimen común de contratación de bienes, obras y servicios y no al sector hidrocarburífero que, sin embargo, si está sujeto al Plan Nacional de Desarrollo.

Nótese que el numeral 2 del artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se remite a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública,

únicamente para efectos de regular el régimen común de contratación de bienes, obras y servicios sujetos a su ámbito de aplicación, sin que se mencione las contrataciones relativas a hidrocarburos, pues el numeral 9 de la Disposición Derogatoria de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, expresamente excluye de dicha derogatoria a los contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos.

Dicho régimen común, entonces, no incluye los procedimientos aplicables a los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos, regulados en forma expresa por 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 las modalidades contractuales y los procedimientos específicos de contratación en materia de hidrocarburos.

De conformidad con el artículo 315 de la Constitución de la República y el artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, dichas empresas son entidades que pertenecen al Estado, personas jurídicas de derecho público “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”.

Del análisis que precede, en atención a los términos de su consulta se concluye que, el artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas cuyo numeral 2 establece el régimen común que sujeta a las empresas públicas a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para las contrataciones de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, no se opone a la Disposición Derogatoria No. 9 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que derogó las normas especiales de contratación pública que contengan otras leyes, pues dicha derogatoria excepciona en forma expresa a las contrataciones en actividades de exploración y explotación de los recursos hidrocarburíferos.

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 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 una de esas empresas, para expedir normas de contratación con respecto a las diversas actividades que en esa materia les compete desarrollar.

El cumplimiento de los procedimientos de contratación previstos en las disposiciones legales, reglamentarias y demás normativa interna de las empresas públicas consultantes, es de su exclusiva responsabilidad.

OF. PGE. N°: 01796, de 16-05-2011

ENERGÍA ELÉCTRICA: COMPENSACIÓN POR PRIVACIÓN DE DERECHO DEL 2% AL MUNICIPIO DE GUAYAQUIL

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN DE GUAYAQUIL

CONSULTA:

Solicita ampliación del pronunciamiento contenido en oficio No. 17605 de 24 de noviembre de 2010, en el siguiente tenor:

“Lo anterior me lleva a plantearle la necesidad de que usted, máxima autoridad de la Procuraduría General del Estado amplíe el texto de la absolución de la consulta contenida en el oficio No. 17605 (emitido con motivo de la consulta formulada por el Gerente General de la Unidad de Generación, Distribución y Comercialización de Energía Eléctrica de Guayaquil – Eléctrica de Guayaquil)

incorporando la necesidad de que el Estado ecuatoriano reconozca al Municipio de Guayaquil una compensación por la privación de su derecho al 2% varias veces referido y que ha venido cumpliendo regularmente el Estado ecuatoriano. Ello es totalmente coherente y consecuente con el Estado Constitucional de Derechos y Justicia que proclama nuestra vigente Constitución de la República”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 270. 272 y 274.

Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización Arts. 163 y 171.

Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal Art. 16 num. 4 (derogada)

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Arts. 1, 5, 70, 71 y 74.

PRONUNCIAMIENTO:

A fin de contar con mayores elementos de juicio para atender su solicitud, mediante oficio No. 00210 de 27 de diciembre de 2010 se requirió el criterio del Ministerio de Finanzas, habiendo recibido respuesta del Ministro de Finanzas, en oficio No. MF-CGJ-2011-064 de 10 de enero de 2011, ingresado a esta Procuraduría el 11 de enero de 2011.

De igual manera, mediante oficio No. 00211 de 27 de diciembre de 2010, e insistencia constante en oficio No. 00505 de 14 de enero de 2011, se solicitó el criterio de la Secretaria Nacional de Planificación y Desarrollo SENPLADES, solicitud que fue atendida mediante oficio No. SENPLADES- SNPD-2011-0048 de 19 de enero de 2011, ingresado en la misma fecha.

El Coordinador General Jurídico del Ministerio de Finanzas, en oficio No. MF-CGJ-2011-064 de 10 de enero de 2011, emite el siguiente criterio:

“Los Arts. 270 y 274 de la Constitución de la República, establecen las rentas que deben recibir el Estado, los gobiernos autónomos descentralizados GADs, cuya distribución será regulada conforme a la ley de acuerdo el (sic) Art. 272 íbidem.

Por su parte el Art. 163 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, señala que conforme lo previsto en la Constitución los GADs generarán sus propios recursos financieros y como parte del Estado participarán en sus rentas conforme los principios de subsidiaridad, solidaridad y equidad

interritorial, taxativamente el Art. 171 determina los tipos de recursos financieros a recibir.

Visto el criterio técnico de la Subsecretaría de Presupuestos contenido en el oficio No. MF-SP-DE-GE-2011-0035 de 10 de enero de 2011, me permito manifestar que, desde el punto de vista presupuestario, en el vigente Presupuesto General del Estado no se ha incorporado recursos que posibiliten reconocer al Municipio de Guayaquil una compensación por concepto del 2% sobre los ingresos por el servicio público de distribución y comercialización de energía eléctrica para el área de concesión de Guayaquil.

De las disposiciones constitucionales, legales e informe técnico referido, a criterio de esta Secretaría de Estado, la obligación contractual habría fenecido, así como no existe fundamento legal para que el Municipio de Guayaquil reciba compensación alguna por ese concepto”.

Por su parte, el Secretario Nacional de Planificación y Desarrollo, en su oficio No. SENPLADES-SNPD-2011-0048 de 19 de enero de 2011, cita los artículos 226 de la Constitución de la República que establece el principio de legalidad de los actos de poder público, el inciso segundo del artículo 293 de la Constitución de la República que determina el sometimiento de los gobiernos autónomos descentralizados a las reglas fiscales y de endeudamiento interno análogas a las del Presupuesto General del Estado, de acuerdo con la ley; y, los artículos 163 y 171 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización COOTAD que disponen que los gobiernos autónomos descentralizados generarán sus propios recursos y la participación de las rentas del Estado y determinan los recursos financieros de los gobiernos autónomos descentralizados, respectivamente y emite un criterio sobre la procedencia del pago del 2% sobre los ingresos por el servicio público de energía eléctrica en Guayaquil, sin referirse específicamente al tema central que motiva la solicitud del M. I. Municipio de Guayaquil, de que se amplíe el pronunciamiento emitido por esta Procuraduría mediante oficio No. 17605 de 24 de noviembre de 2010, incorporando la necesidad de que el Estado ecuatoriano reconozca al Municipio de Guayaquil una compensación por tal concepto.

El criterio SENPLADES, concluye en los siguientes términos:

“En virtud de lo expuesto esta Secretaría de Estado considera que la Unidad de Generación, Distribución y Comercialización de Energía Eléctrica de Guayaquil,

Eléctrica Guayaquil, no debería pagar el 2% sobre los ingresos que por el servicio público de distribución y comercialización de energía eléctrica para el área de concesión de Guayaquil, que establecía como compensación el Contrato firmado el 29 de octubre de 1925, entre la M.I. Municipalidad de Guayaquil y la Empresa Eléctrica del Ecuador Inc. por cuanto no existe sustente legal ni contractual para que se realice dicho pago”.

En el oficio que contesto, en el que se solicita la ampliación del pronunciamiento contenido en oficio No. 17605 de 24 de noviembre de 2010, se señala que la Municipalidad de Guayaquil ha recibido el 2% sobre la facturación por concepto de distribución y comercialización de energía eléctrica para el área de concesión de Guayaquil, por parte de la empresa eléctrica concesionaria, luego por parte de la administración temporal de la CATEG y posteriormente por la Unidad de Generación, Distribución y Comercialización de Energía Eléctrica de Guayaquil, ya que con la expedición de la Ley Básica de Electrificación del año 1973, se excepcionó expresamente la percepción de los beneficios económicos a que tuvieran derecho los municipios.

Continúa el oficio No. AG-2010-40194 de 17 de diciembre de 2010, suscrito por el Alcalde Guayaquil en el siguiente tenor:

“Esa vigencia formal que reconoció el CONELEC, esto es el ente gubernamental competente en materia eléctrica y quien extinguió la concesión con EMELEC el 23 de marzo de 2000 se reconoció también materialmente a través de los cíclicos pagos de la CATEG al Municipio de Guayaquil. Es, pues, absolutamente claro que el derecho municipal al 2% había nacido contractualmente en el año 1925, pero luego se independizó y se convirtió en un ingreso regular para el Municipio de Guayaquil.

Nosotros no hemos sostenido que una Ley haya definido ese derecho al 2% ni hemos afirmado que el contrato con EMELEC sigue vigente. Hemos expresado con total razón una realidad: el Estado ecuatoriano ha reconocido el derecho al 2% y lo ha hecho a través de los entes que asumieron en el ámbito de Guayaquil el rol estatal en materia de servicio público eléctrico.

Por ello estimamos equivocada la mención al COOTAD, puesto éste cuerpo legal no puede contener una referencia al 2% varias veces referido, nacido del contrato de concesión de 1925 y que sobrevivió aún luego de su extinción...

El Municipio de Guayaquil no es autor de la forma jurídica por la cual se reconoció la supervivencia jurídica del 2% a favor del mismo. En todo caso, señor Procurador General del Estado, respecto del reconocimiento del varias veces referido derecho económico municipal existe absoluta coherencia estatal. En efecto, antes del acta firmada por el Gobernador de la Provincia del Guayas en representación del Presidente de la República de la época, por el CONELEC y por el Municipio de Guayaquil, entre otros, acta del 26 de junio de 2003- ratificada el 8 y 15 de julio de 2003, según refiere el Procurador General del Estado Subrogante – y que consagró que “El nuevo ente público y las empresas que se subroguen a éste deberán continuar en el cumplimiento de las obligaciones para con la ciudad de Guayaquil” (la cita pertenece al acta de 26 de junio de 2003)...Le hago notar señor Procurador que el acta referida habla del “ente público”. Sin nuevo concesionario que reemplace a EMELEC el Estado ha venido reconociendo y materializando efectivamente el derecho del Municipio del Guayaquil al 2%”.

Concluye el oficio que contesto, citando el artículo 16, numeral 4 de la Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal que establecía que salvo lo prescrito por la Constitución de la República y dicha Ley Orgánica, ninguna Función del Estado ni autoridad extraña a la Municipalidad podrá interferir con su administración propia, estándoles especialmente prohibido privar al Municipio de alguno o parte de sus ingresos, así como hacer participar de ellos a otra entidad, sin resarcirle con otra renta equivalente en su cuantía, duración y rendimiento que razonablemente puede esperarse en el futuro; por lo que, con fundamento en la indicada norma, solicita a esta Procuraduría lo siguiente:

“Lo anterior me lleva a plantearle la necesidad de que usted, como máxima autoridad de la Procuraduría General del Estado amplíe el texto de la absolución de la consulta contenida en el oficio No. 17605, incorporando la necesidad de que el Estado ecuatoriano reconozca al Municipio de Guayaquil una compensación por la privación de su derecho al 2% varias veces referido y que ha venido cumpliendo regularmente el Estado ecuatoriano. Ello es totalmente coherente con el Estado Constitucional de Derechos y Justicia que proclama nuestra vigente Constitución de la República”.

El pronunciamiento contenido en el oficio No. 17605 de 24 de noviembre de 2010, emitido en atención a la consulta formulada por la Unidad de Generación, Distribución y Comercialización de Energía Eléctrica de Guayaquil – Eléctrica Guayaquil, que motiva su solicitud de ampliación, textualmente concluye:

“En virtud del análisis jurídico precedente, en atención a los términos de su consulta, la Unidad de Generación, Distribución y Comercialización de Energía Eléctrica de Guayaquil –Eléctrica de Guayaquil, no debe pagar el 2% sobre los ingresos por el servicio público de distribución y comercialización de energía eléctrica para el área de concesión de Guayaquil, que establecía como compensación el Contrato firmado el 29 de octubre de 1925, entre la M.I. Municipalidad de Guayaquil y la Empresa Eléctrica del Ecuador Inc., por no existir sustento legal ni contractual para tal pago”.

El pedido de ampliación que contesto, tiene por objeto que la Procuraduría General del Estado amplíe el texto del pronunciamiento contenido en el oficio No. 17605 de 24 de noviembre de 2010, incorporando la necesidad de que el Estado ecuatoriano reconozca al Municipio de Guayaquil una compensación por el no pago del 2% sobre la facturación de energía eléctrica en Guayaquil, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 16, numeral 4 de la Codificación de la Ley de Orgánica de Régimen Municipal, vigente a la fecha en que se presentó a este Organismo, la consulta contenida en el oficio No. 69-2010 de 16 de julio de 2010.

Al respecto, se debe tener en cuenta que el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, contiene la normativa que regula el ejercicio de las competencias de planificación y el ejercicio de la política pública en todos los niveles de gobierno, el Plan Nacional de Desarrollo, los planes de desarrollo y de ordenamiento territorial de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, la programación presupuestaria cuatrienal del Sector Público, el Presupuesto General del Estado, los demás presupuestos de las entidades públicas; y, todos los recursos públicos y demás instrumentos aplicables a la Planificación y las Finanzas Públicas, conforme dispone el inciso segundo del artículo 1 del indicado Código Orgánico.

El artículo 5 *ibidem* establece los principios comunes para la aplicación de sus disposiciones y en su numeral 1 determina que la programación, formulación, aprobación, asignación, ejecución, seguimiento y evaluación del Presupuesto General del Estado, los demás presupuestos de las entidades públicas y todos los recursos públicos, se sujetarán a los lineamientos de la planificación del desarrollo de todos los niveles de gobierno, en observancia a lo dispuesto en los artículos 280 y 293 de la Constitución de la República.

El artículo 70 del mismo Código Orgánico establece el Sistema Nacional de Finanzas Públicas (SINFIP) y en su inciso segundo dispone que todas las entidades, instituciones y organismos comprendidos en los artículos 225 (en el que se incluyen las entidades del régimen autónomo descentralizado), 297 y 315 de la Constitución de la República se sujetarán al SINFIP, en los términos previstos en el indicado código, sin perjuicio de la facultad de gestión autónoma de orden administrativo, económico, financiero, presupuestario y organizativo que la Constitución o las leyes establecen para determinadas entidades.

Al tenor del artículo 71 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, la rectoría del Sistema Nacional de Finanzas Públicas SINFIP le corresponde a la Presidenta o Presidente de la República, quien la ejercerá a través del Ministerio a cargo de las finanzas públicas, que será el ente rector del SINFIP.

Adicionalmente, conforme el artículo 74 del Código citado, el ente rector del SINFIP, como ente estratégico para el país y su desarrollo, tiene entre otras, la competencia de asignar recursos públicos a favor de entidades de derecho público en el marco del Presupuesto General del Estado, conforme a la reglamentación correspondiente.

En virtud del análisis jurídico precedente, con relación a su solicitud de que este Organismo amplíe el pronunciamiento contenido en oficio No. 17605 de 24 de noviembre de 2010 "...incorporando la necesidad de que el Estado ecuatoriano reconozca al Municipio de Guayaquil una compensación por la privación de su derecho al 2% varias veces referido y que ha venido cumpliendo regularmente el Estado ecuatoriano...", es de señalar que de conformidad con la normativa previamente citada, en concordancia con el principio de legalidad consagrado en el artículo 226 de la Constitución de la República, esta Procuraduría carece de competencia para determinar que el Estado ecuatoriano reconozca al Municipio de Guayaquil una compensación por el no pago del 2% sobre la facturación de energía eléctrica en Guayaquil. La competencia en materia de asignaciones presupuestarias, le corresponde al Ministerio de Finanzas ya que al tenor del artículo 74 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, tal atribución le compete al ente rector del Sistema Nacional de Finanzas Públicas SINFIP; y, por disposición del artículo 71 *ibídem* la rectoría del Sistema Nacional de Finanzas Públicas SINFIP es atribución del Presidente de la República a través del Ministerio a cargo de las Finanzas Públicas.

OF. PGE. N°: 00394, de 10-02-2011

ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA: ELECCIONES Y SUBROGACIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA DE CHIMBORAZO, ESPOCH

CONSULTAS:

1. “¿Los porcentajes de valoración al que equivaldrían los votos tanto de los estudiantes como de los servidores y trabajadores deben fijarse dentro de los márgenes de porcentajes establecidos en los artículos 57 y 58 de la Ley Orgánica de Educación Superior, en el Estatuto Politécnico?”.
2. “¿Debemos esperar la reforma, revisión y aprobación del Estatuto Politécnico por parte del Consejo de Educación Superior para que puedan desarrollarse las elecciones institucionales de Rector y Vicerrectores, considerando que la normativa constante en el Estatuto Politécnico vigente relacionada con las elecciones de autoridades institucionales, por oponerse a la Ley Orgánica de Educación Superior se encuentra derogado?”.
3. “¿Puede el máximo organismo reformar el REGLAMENTO DE ELECCIONES DE RECTOR, VICERRECTOR ACADÉMICO Y VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO, DECANOS, VICEDECANOS Y REPRESENTANTES A LOS ORGANISMOS DE COGOBIERNO DE LA ESPCOCH, si el mismo por oponerse a la Ley Orgánica de Educación Superior se encuentra derogado?”.
4. “¿Puede el máximo organismo aprobar un reglamento interno de elecciones sin que primeramente se haya reformado el Estatuto Politécnico y que cuya reforma haya sido revisada y aprobada por el Consejo de Educación Superior?”.
5. “¿En el caso de que no pudieran efectuarse las elecciones en el mes de enero, por no contar con el correspondiente Estatuto aprobado, quien o quienes subrogarán al rector y vicerrectores si el modo de subrogación constante en el Estatuto Politécnico, por oponerse a la Ley Orgánica de Educación Superior se encuentra derogada?”.
6. “¿Puede el decano más antiguo en funciones, en ausencia definitiva y simultánea del rector, vicerrector académico y vicerrector de investigación y desarrollo, además de presidir el Consejo Politécnico que convocará a elecciones generales para un nuevo período, subrogar en funciones al Rector?, ¿En caso de ser procedente quiénes subrogarían en funciones al Vicerrector Académico y al Vicerrector de Investigación y Desarrollo?”.

7. “¿En caso de no ser procedente la subrogación de funciones de rector por parte del decano más antiguo en funciones, puede la institución quedarse sin autoridades principales o en este caso, procedería la prórroga en funciones de Rector y Vicerrectores hasta ser legalmente reemplazados, es decir, hasta la reforma, revisión y aprobación del Estatuto Politécnico por parte del Consejo de Educación Superior, como determina la Ley?”.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica de Educación Superior Arts. 48, 51, 53, 55, 57, Disp. Gen. Cuarta, Disp. Trans. Décima Séptima y Derogatoria Sexta.

Ley de Educación Superior Arts. 31, 33 y 34 (derogada).

Código Civil Art. 18 regla 1ª.

Estatuto de la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo Arts. 23, 26, 27 y 28.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. A fin de contar con suficientes elementos para atender las consultas planteadas, ésta Procuraduría mediante oficio No. 17797 de 7 de diciembre de 2010, solicitó al Secretario Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, SENESCYT, su criterio jurídico con relación a las preguntas planteadas, requerimiento que fue atendido mediante oficio s/n de 20 de diciembre de 2010.

En el oficio que contesto, se manifiesta que el actual Rector y representante legal de la ESPOCH, fue elegido el 23 de enero de 2006, por un período de cinco años, de conformidad con el artículo 31 de la derogada Ley de Educación Superior, y el Art. 23 del Estatuto Politécnico de dicho centro de educación. Se agrega en el oficio en mención, que de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto Politécnico, y el “Reglamento de Elecciones de Rector, Vicerrector Académico, Vicerrector de Investigación y Desarrollo, Decanos, Vicedecanos y Representantes a los Organismos de Cogobierno de la ESPOCH”, corresponde elegir a los nuevos Rector y Vicerrectores de la Institución el 23 de enero de 2011.

Con relación a la primera pregunta, la SENEYCYT, manifiesta: “La Ley Orgánica de Educación Superior que entró en vigencia desde el 12 de Octubre del 2010 establece los porcentajes claramente establecidos en el Capítulo 2 del Cogobierno de las Universidades y Escuelas Politécnicas, por lo que su aplicación es de carácter obligatoria”.

Los artículos 31 y 33 de la derogada Ley de Educación Superior, establecían un período de 5 años de funciones tanto para el rector como para los vicerrectores, período de tiempo que fue recogido también por los artículos 23 y 25 del Estatuto de la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo, aprobado por el Consejo Politécnico en dos sesiones, ordinaria de 30 de septiembre de 2003; y, extraordinaria de 7 y 8 de octubre de 2003.

Por su parte, el artículo 34 de la citada Ley, disponía que la elección de Rector y del Vicerrector o vicerrectores se hará por votación universal, directa, secreta y obligatoria de los profesores titulares con más de un año en esta calidad, de los estudiantes con asistencia regular a clases y que hayan aprobado el primer año o ciclos equivalentes y de los empleados y trabajadores titulares con más de un año en esta calidad. Agregaba el artículo en mención que, la votación de los estudiantes equivaldrá a un porcentaje entre el diez por ciento (10%) y el cincuenta por ciento (50%) del total del personal académico con derecho a voto y la de los empleados y trabajadores hasta el diez por ciento (10%). Podrá, si así lo determina el estatuto, elegirse representantes bajo el mismo sistema de elección. Su participación será normada en el estatuto de cada institución.

En el Suplemento del Registro Oficial No. 298, de 12 de octubre de 2010, fue publicada la Ley Orgánica de Educación Superior, cuyo artículo 48 dispone que el rector o rectora es la primera autoridad ejecutiva de la universidad o escuela politécnica pública o particular, y ejercerá la representación legal, judicial y extrajudicial; quien desempeñará sus funciones a tiempo completo y durará en el ejercicio de su cargo cinco años, pudiendo ser reelegido, consecutivamente o no, por una sola vez. Igual período de duración de funciones de 5 años está contemplado en el Art. 51 de la referida Ley para los vicerrectores, pudiendo ser reelegidos, consecutivamente o no, por una sola vez.

Por su parte, el Art. 55 de la mencionada Ley, establece que la elección de Rector o Rectora, y Vicerrector o Vicerrectora, Vicerrectores o Vicerrectoras de las universidades y escuelas politécnicas se hará por votación universal, directa, secreta y obligatoria de los profesores o las profesoras e investigadores o investigadoras titulares, de los y las estudiantes regulares legalmente matriculados a partir del segundo año de su carrera, y de las y los servidores y trabajadores titulares; y, agrega que no se permitirán delegaciones gremiales.

El artículo 57 de la Ley citada, dispone que la votación de las y los estudiantes para la elección de rector o rectora y vicerrector o vicerrectora, vicerrectores o vicerrectoras de las universidades y escuelas politécnicas públicas y privadas, en ejercicio de su autonomía responsable, equivaldrá al porcentaje del 10% al 25% del total del personal académico con derecho a voto; mientras que la votación de las y los servidores y las y los trabajadores para la elección de rector o rectora y vicerrector o vicerrectora, de las universidades y escuelas politécnicas públicas y privadas equivaldrá a un porcentaje entre el 1% y el 5% del total del personal académico con derecho a voto, según el artículo 58 de la Ley en estudio.

Del texto de los artículos citados, se infiere que a partir de la publicación de la Ley Orgánica de Educación Superior, el porcentaje de la votación de las y los estudiantes para la elección de rector o rectora y vicerrector o vicerrectora, vicerrectores o vicerrectoras de las universidades y escuelas politécnicas públicas y privadas, se ha reducido hasta el 25% del total del personal académico con derecho a voto, cuando antes era hasta el 50% de dicha votación; mientras que para la votación de las y los servidores y trabajadores de las universidades y escuelas politécnicas, dicho porcentaje se redujo hasta el 5% del total del personal académico con derecho a voto, cuando antes era hasta el 10%.

La regla 1ª del Art. 18 del Título Preliminar del Código Civil, prescribe que cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu, por lo tanto, en contestación a los términos de la primera pregunta, se concluye que los porcentajes de valoración que equivaldrían los votos tanto de los estudiantes como de los servidores y trabajadores deben fijarse dentro de los márgenes de porcentajes establecidos en los artículos 57 y 58 de la Ley Orgánica de Educación Superior, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 298 de 12 de octubre de 2010, esto es, para el caso de los estudiantes del 10% al 25% del total del personal académico con derecho a voto; y, para los servidores de dicha universidad, del 1% al 5% del total del personal académico con derecho a voto.

2. En relación a la segunda pregunta, en el criterio jurídico de la SENESCYT se expresa que de acuerdo a la Disposición Transitoria Décima Séptima de la Ley Orgánica de Educación Superior, establece a las Universidades y Escuelas Politécnicas un plazo de 180 días para reformar sus estatutos y adecuarlos a la referida Ley, el “Consejo de Educación Superior deberá aprobar los instrumentos reglamentarios ajustados a lo que señala la Ley”.

El acápite denominado “Régimen de Transición”, de la Ley Orgánica de Educación Superior, establece en su Disposición General Cuarta 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”.

La Disposición Transitoria Décima Séptima de la Ley Orgánica de Educación Superior, dispone que: “Las Universidades y Escuelas Politécnicas en un plazo de 180 días reformarán sus estatutos para adecuarlos a la presente Ley, reforma que deberá ser revisada y aprobada por el Consejo de Educación Superior.

En este plazo, cualquier proceso eleccionario se regirá por la presente Ley”.

La Derogatoria Sexta de la Ley Orgánica de Educación Superior, establece que se deroga toda la base reglamentaria y administrativa constante en reglamentos, acuerdos, resoluciones y demás normas jurídicas que se opongan a la presente Ley.

De la normativa analizada, se infiere que la Ley en mención permite realizar procesos eleccionarios durante el período de transición de 180 días en que las Universidades y Escuelas Politécnicas elaboren sus nuevos estatutos que guarden armonía con la nueva Ley Orgánica de Educación Superior. Por lo tanto, en contestación a los términos de la segunda consulta, no es necesario que la ESPOCH espere a la elaboración de su nuevo estatuto politécnico y su consiguiente aprobación por parte del Consejo de Educación Superior para que convoque a elecciones institucionales de Rector y Vicerrectores, siempre y cuando dicho proceso eleccionario esté regido por las disposiciones constantes en Ley Orgánica de Educación relativas a las elecciones de rector y vicerrectores de las universidades y escuelas politécnicas, de conformidad con la Disposición Transitoria Décima Séptima de la Ley en mención.

3. Con respecto a la tercera pregunta, en el oficio que contiene el criterio jurídico del SENESCYT, se manifiesta: “Puede el organismo a que hace referencia la consulta reformar el Reglamento siempre y cuando se dé cumplimiento a la cláusula décima séptima de las Disposiciones Transitorias de la Ley Orgánica de Educación Superior que en su texto literal señala que “En este plazo, cualquier proceso eleccionario se regirá por la presente Ley.”

De conformidad con la Derogatoria Sexta de la Ley Orgánica de Educación Superior, toda la base reglamentaria y administrativa constante en reglamentos, acuerdos, resoluciones y demás normas jurídicas que se opongan a esa Ley, ha quedado derogada. Por lo tanto, el “Reglamento de Elecciones de Director, Vicerrector Académico y Vicerrector de Investigación y Desarrollo, Decanos, Vicedecanos y Representantes a los Organismos de Cogobierno de la ESPOCH”, deberá ser reformado en las disposiciones que expresamente se opongan a la Ley Orgánica de Educación Superior, como por ejemplo en el caso de que por disposición del Art. 53 de la Ley Orgánica de Educación Superior, las autoridades académicas, entendiéndose por tales los cargos de Decano, Subdecano o de similar jerarquía, ya no son electos sino “designados”, por las instancias establecidas en el estatuto de cada universidad o escuela politécnica.

Por lo tanto, las disposiciones del mencionado Reglamento que no se opongan a la Ley Orgánica de Educación Superior, podrán ser aplicadas hasta que se expida el nuevo Estatuto de la ESPOCH que guarde armonía con aquella ley.

4. En relación a la cuarta pregunta, la SENESCYT señala en su informe jurídico que: “Todo proceso eleccionario en cada Universidad y Escuela Politécnica deberá acogerse a lo que establece la Ley Orgánica de Educación Superior”.

Esta Procuraduría considera que el Consejo Politécnico de la ESPOCH, no puede aprobar un reglamento interno de elecciones sin que previamente se haya reformado el Estatuto Politécnico, y se lo haya revisado y aprobado por el Consejo de Educación Superior, en razón del principio de la autonomía responsable establecida en el Art. 18 de la Ley Orgánica de Educación Superior, que en su letra b) atribuye a las universidades y escuelas politécnicas, la libertad de expedir sus estatutos en el marco de las disposiciones de esa Ley.

5. En el informe jurídico de la SENESCYT, con respecto a ésta pregunta, se establece la aplicación de la Disposición Transitoria Décima Séptima de la Ley Orgánica de Educación Superior, que dispone que dentro del período de transición de 180 días, cualquier proceso eleccionario se regirá por esa Ley.

Con fundamento en el análisis jurídico realizado en la contestación a las preguntas anteriores, de conformidad con el segundo inciso de la Disposición Transitoria Décima Séptima de la Ley Orgánica de Educación Superior, se pueden realizar procesos eleccionarios regidos por dicha Ley, para la elección de rectores y vicerrectores dentro del período de transición de 180 días contados a partir de la publicación de la Ley Orgánica de Educación Superior, hasta que se elabore el nuevo Estatuto de la ESPOCH.

En todo caso, en el supuesto no consentido de que por motivos ajenos a su voluntad, la ESPOCH no pudiere convocar a elecciones de rector y vicerrectores y vicerrectoras, por ausencia definitiva del rector, en razón de que culminó el período de sus funciones, se aplicarán los artículos 27 y 28 del Estatuto de la ESPOCH, que no se contraponen a la Ley Orgánica de Educación Superior, los cuales expresan que en ausencia definitiva del Rector, éste será subrogado por el vicerrector académico, y a éste lo subrogará el vicerrector de investigación y desarrollo hasta la culminación del período para el cual fueron elegidos; y, a éste último lo reemplazará perentoriamente el decano más antiguo en funciones.

Por lo tanto, sólo en el caso de que por motivos ajenos a su voluntad, debidamente justificados, como por ejemplo, casos de fuerza mayor, la ESPOCH no pueda convocar a elecciones para designar a sus autoridades, en razón de que, el procedimiento de subrogación de las autoridades de la ESPOCH, establecido en los artículo 26 y siguientes de su Estatuto, no se contraponen a lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley de Educación Superior, se podrán aplicar los referidos artículos del Estatuto referentes a la subrogación de sus autoridades.

En todo caso, la ESPOCH dentro del término previsto en la Disposición Transitoria Décima Séptima de la Ley Orgánica de Educación Superior, deberá expedir el nuevo Estatuto de la Escuela Politécnica de Chimborazo que prevea el sistema de designación de todas las autoridades de la ESPOCH en aplicación del Art. 53 de la Ley Orgánica de Educación Superior. De igual modo, la normativa que se expida deberá contemplar la subrogación o reemplazo del rector o rectora, vicerrectores o vicerrectoras y autoridades académicas en caso de ausencia temporal o definitiva, en ejercicio de su autonomía responsable, conforme lo establecido en el artículo 52 de la Ley Orgánica en mención.

6. Con respecto a esta pregunta, el criterio jurídico del SENESCYT, expresa: “Sí corresponde llevar adelante un proceso eleccionario dentro de la Escuela Politécnica Superior de Chimborazo, el mismo deberá enmarcarse en lo que señala la Ley y por lo tanto corresponde a las Autoridades dar cumplimiento a la misma. Se deberá acoger lo establecido en el Capítulo 2 del Cogobierno de las Universidades y Escuelas Politécnicas, al igual que dar cumplimiento a los requisitos que exige la Ley para la elección de las autoridades”.

El Art. 29 del Estatuto de la Escuela Politécnica Superior de Chimborazo, expresa: “Cuando la ausencia de rector, vicerrector académico y vicerrector de investigación y desarrollo fuere definitiva y simultánea, el Consejo Politécnico presidido por el decano más antiguo en funciones convocará a elecciones generales para un nuevo período. Dicha convocatoria tendrá lugar dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que se produjo el hecho.

Atento el contenido de la disposición invocada que no se contrapone a la Ley Orgánica de Educación Superior, en contestación a los términos de la sexta pregunta, hasta que no se expida el nuevo Estatuto de la ESPOCH que deberá guardar armonía con la Ley Orgánica de Educación Superior, en caso de ausencia definitiva y simultánea del rector, vicerrector académico y vicerrector de investigación y desarrollo, podrá subrogar al Rector el Decano más antiguo de la ESPOCH en funciones, quien además de presidir el Consejo Politécnico y subrogar al rector, deberá convocar a elecciones generales para un nuevo período para los cargos de Rector, Vicerrector Académico y de Vicerrector de Investigación y Desarrollo, en razón que el Estatuto de la ESPOCH, no ha previsto quién debe subrogar a éstas dos últimas autoridades cuando su ausencia sea simultánea y definitiva.

7. En relación a esta última pregunta la SENESCYT señala: “De ninguna manera se deberá permitir que la institución llegue a quedarse sin autoridades, pues ello acarrearía responsabilidades administrativas, civiles o penales. La aplicación de la Ley Orgánica de Educación Superior es de carácter obligatoria”.

Atento el contenido de la Disposición Transitoria Décima Séptima de la Ley Orgánica de Educación Superior, y demás normativa analizada en las respuestas a las consultas anteriores, se concluye:

- Que dentro del plazo de 180 días contados a partir de la publicación de la Ley Orgánica de Educación Superior, (esto es, hasta el 10 de abril de 2011) las Universidades y Escuelas Politécnicas deberán reformar sus estatutos de manera que guarden armonía con la referida Ley.
- Que dentro del período arriba mencionado, las Universidades y Escuelas Politécnicas deberán realizar los procesos eleccionarios que correspondan, regidos por la Ley Orgánica de Educación Superior vigente.

- Que la prórroga de funciones de Rector y Vicerrector de la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo es posible por el período máximo establecido en la Disposición Transitoria mencionada, tiempo en el cual se reformarán sus estatutos y convocará a elecciones con sujeción a la Ley Orgánica de Educación Superior.

OF. PGE. N°: 00474, de 14-01-2011

ESTÍMULOS ECONÓMICOS: SUBSIDIOS FAMILIAR, ANTIGÜEDAD Y AÑOS DE SERVICIO

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO PROVINCIAL DEL NAPO

CONSULTAS:

1. “¿Se puede pagar a las servidoras y los servidores públicos los estímulos económicos por subsidio familiar y antigüedad, conforme a la normativa legal interna referida, considerando que este derecho fue concedido antes de la codificación de la LOSCCA, y con mucha anterioridad al Mandato Constituyente No. 2?”
2. “¿En el caso de que proceda? Esto es el pago de las servidoras y servidores que han cumplido 10, 15, 20, y 25 años. Se podría incluir a las servidoras o servidores públicos que han cumplido 5 y 30 años de servicio?”
3. “¿Sería procedente señor Procurador, restablecer estos derechos con fundamento en el Decreto Ejecutivo No. 1701 del 30 de abril del 2009, publicado en el Registro Oficial No. 592 de 18 de mayo del 2009, normativa publicada en el Registro Oficial No. 123 del 04 de Febrero de 2010?”

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Servicio Público Disp. Gen. Quinta y Décima Cuarta, Derogatorias.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Art. 178 y Disp. Gen. Segunda.

Mandato Constituyente N° 2 Art. 6.

LOSCCA Arts. 103, 104, 105 y Disp. Gen. Décima (derogada).

Reglamento de Administración de Personal del Consejo Provincial de Loja Art. 5 (derogado).

D. E. N° 1701, R. O. N° 592 de 18-05-2009, num. 1.2.13. (reformado)

D. E. N° 225, R. O. N° 123 de 4-02-2010 Derogatorias

Res. del Consejo Provincial de Napo, 19-06-1996 Art. 46, Disp. Trans.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. Con respecto al subsidio familiar y de antigüedad, referidos en su primera 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 de Napo, 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 familiar, pasaron a integrar la remuneración mensual unificada y dejaron de existir como rubros independientes. Por lo tanto, no es jurídicamente procedente reestablecer el estímulo económico por subsidio familiar y de antigüedad para los funcionarios del Consejo Provincial de Napo, porque dicho rubro ya debió estar incluido en su remuneración mensual unificada.

2. Entre los documentos enviados, consta en copias certificadas, el “Reglamento Interno de Recursos Humanos del H. Consejo Provincial de Napo” de 11 de marzo de 1994.

Mediante Resolución del Consejo Provincial de Napo, expedida en Sesión Ordinaria del 19 de junio de 1996, el Consejo Provincial de Napo resuelve “Agregar como Capítulo V del Reglamento Interno de la Institución, bajo el Título de Estímulos Sociales, lo siguiente:

Art. 46.- El H. Consejo Provincial de Napo entregará por tiempo de servicios dentro de la Institución a los señores Funcionarios y Empleados que cumplan lo siguiente:

- a) La suma de un sueldo básico y, un diploma a los Funcionarios y Empleados que cumplan 10 años de labores ininterrumpidas.
- b) La suma de dos sueldos básicos y, una placa a los Funcionarios y Empleados que cumplan 15 años de labores ininterrumpidas.
- c) La suma de tres sueldos básicos y un botón de oro a los Funcionarios y Empleados que cumplan 20 años de labore ininterrumpidas.
- d) La suma de cuatro sueldos básicos y un anillo de oro a los Funcionarios y Empleados que cumplan 25 años de labores ininterrumpidas en adelante.

Beneficios que serán conferidos y cancelados quienes cumplan dentro del año calendario, y/o a su vez aquellos Funcionarios o Empleados que hayan cumplido con el tiempo estipulado dentro de los literales precedentes en años anteriores, esto es, aquel Funcionario o Empleado que tenga 12 años por ejemplo tendría derecho a que se le estimule por los 10 años que tiene cumplidos y así en los demás casos.

Para este efecto las partes dejan establecido que para computar este tiempo de servicio se tomará en cuenta el tiempo que hubiere laborado el Funcionario o Empleado únicamente dentro de la Institución. Estos beneficios se entregarán en la Sesión Solemne que se realiza cada 10 de Agosto”.

La Disposición Transitoria de la mencionada Resolución del Consejo Provincial establece: “La ampliación introducida referente al Capítulo V, del presente Reglamento, entrará en vigencia el 1 de Enero de 1997, y para cuyo efecto y aplicación encárguese al Señor Director Financiero de la Corporación Provincial”.

Por otro lado, tanto en el indicado informe jurídico del Procurador Síndico del Consejo Provincial de Napo, como en el pedido de la Asociación de Servidores Públicos del Consejo Provincial de Tena, se manifiesta que el pronunciamiento expedido por esta Procuraduría, constante en el oficio No. 12676 de 3 de marzo de 2010 referente a la bonificación por años de servicio en el Municipio del Cantón Tena tiene el carácter de vinculante.

En el pronunciamiento en mención, señalé que los estímulos contemplados en la “Ordenanza Reformada que Reglamenta la Administración del Personal de Servidores del Gobierno Municipal de Tena Sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa” están regulados por normas de mayor rango como la LOSCCA y los Mandatos Constituyentes expedidos con posterioridad a dicha Ordenanza y “En consecuencia, el Municipio de Tena debe seguir pagando estos estímulos eventuales a los funcionarios y empleados aplicando lo que establece la segunda parte del Art. 6 del Mandato Constituyente No. 2 manteniendo para el efectos, los montos de remuneración vigentes al momento en que comenzó a regir la LOSCCA, esto es, al 6 de octubre de 2003, sin que el monto de dicho estímulo, sumado a la remuneración mensual que perciba el servidor municipal que tenga derecho a este beneficio, pueda superar el monto máximo establecido en el Art. 1 del Mandato Constituyente No. 2, esto es, el equivalente a veinticinco salarios básicos unificados del trabajador privado”.

El pronunciamiento que he citado en líneas anteriores, fue expedido antes de la promulgación de la Ley Orgánica del Servicio Público, que en sus Disposiciones Generales, Quinta y Décima Cuarta, prohíben expresamente el restablecimiento, mantenimiento o creación de rubros o conceptos que impliquen beneficios con carácter económico o material no contemplados en esa Ley y que en los inciso tercero y cuarto de sus Derogatorias, derogaron “...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...” y otros beneficios de carácter material.

Con respecto al Reglamento de Recursos Humanos del Consejo Provincial de Napo, aplicable a dicho Gobierno Autónomo Descentralizado, éste contempla en su Capítulo V de Estímulos Sociales, capítulo reformado mediante Resolución adoptada en Sesión Ordinaria del 19 de junio de 1996, beneficios pecuniarios para los servidores que hayan cumplido 10, 15, 20 y 25 años de labores ininterrumpidas en la institución.

Dentro del contexto que queda señalado, se debe considerar que al expedirse la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, promulgada en el Suplemento del Registro Oficial No. 184 de 6 de octubre de 2003, en su Disposición General Décima, se prohibió a las instituciones y entidades previstas

en los artículos 3 y 101 de la misma, que “por cualquier mecanismo, modo o circunstancia, la creación o establecimiento de asignaciones complementarias, compensaciones salariales, beneficios adicionales o bonificaciones especiales, en general cualquier tipo de erogación adicional a lo previsto en este cuerpo legal”.

Igualmente los incisos tercero y cuarto de las Derogatorias de la Ley Orgánica del Servicio Público, dejaron sin efecto todo reconocimiento de estímulos económicos por años de servicios en las instituciones públicas, por lo que en virtud del principio de irretroactividad de la ley, establecido en el Art. 7 del Título Preliminar del Código Civil, se concluye que las Derogatorias de la Ley Orgánica del Servicio Público, rigen a partir de su promulgación.

Con posterioridad al pronunciamiento contenido en el oficio No. 12676 de 3 de marzo de 2010, que cita en su consulta, y una vez publicada la Ley Orgánica del Servicio Público, esta Procuraduría, en atención a una consulta formulada por el Prefecto Provincial de Loja, emitió el pronunciamiento contenido en el oficio No. 17673 de 29 de noviembre de 2010, en el cual, con fundamento en los incisos tercero y cuarto de las “Derogatorias” de la Ley Orgánica del Servicio Público, se pronunció en los siguientes términos:

“Por lo expuesto, toda vez que conforme a la citada Ley Orgánica del Servicio Público, se derogaron las leyes, reglamentos, normas, resoluciones, acuerdos o cualquier tipo de disposición que reconozca entre otros, estímulos económicos por el cumplimiento de años de servicio o por aniversarios institucionales; así como la entrega de medallas, botones, anillos, entre otros beneficios materiales, se concluye que el estímulo económico por años de servicio previsto en el artículo 5 del Reglamento de Administración de Personal del Consejo Provincial de Loja se encuentra derogado por la mencionada Ley Orgánica; y por tanto, los servidores de esa Corporación Provincial no tienen derecho a continuar percibiendo dicho estímulo económico”.

De conformidad con el análisis jurídico precedente, se concluye que, será de estricta responsabilidad del Gobierno Provincial de Napo, disponer el reconocimiento del indicado estímulo por años de servicios, a favor de aquellos servidores que, cumplieron años de servicio con anterioridad a la promulgación de la Ley

Orgánica del Servicio Público, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010, que derogó expresamente el reconocimiento de estímulos por años de servicio en las instituciones públicas, siempre que exista el debido financiamiento para este concepto, de conformidad con el Art. 178 y Disposición General Segunda del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. El Gobierno Provincial de Napo, no podrá incluir dentro del mencionado reconocimiento a los servidores públicos de dicha institución que hayan cumplido 5 y 30 años de servicio, antes de la vigencia de la publicación de la Ley Orgánica del Servicio Público, puesto que tal reconocimiento no se halla previsto en el Reglamento, y atentas las prohibiciones de las Disposiciones Generales Quinta y Décima Cuarta de la Ley Orgánica del Servicio Público, es contraria a la indicada Ley, el establecimiento de tales estímulos.

En similares términos me pronuncié mediante oficio No. 00490 de 17 de febrero de 2011.

3. En la contestación a la primera y segunda consultas, se concluyó que el Reglamento de Recursos Humanos del Consejo Provincial de Napo únicamente contempla en su Capítulo V de Estímulos Sociales, los beneficios pecuniarios contemplados para los servidores que hayan cumplido 10, 15, 20 y 25 años de labores ininterrumpidas en la institución, no para sus trabajadores.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 1701, publicado en el Registro Oficial No. 592 de 18 de mayo de 2009, fueron expedidas las “Limitaciones a la Contratación Colectiva del Sector Público”, cuyo numeral 1.2.13 dispone que quedan suprimidas y prohibidas las cláusulas que contienen pagos por subsidios, compensaciones sociales, gratificaciones, bonificaciones, aniversarios institucionales. El mencionado numeral agregaba que: “Los valores que por estos conceptos venían percibiendo los trabajadores en forma individual, serán mensualizados y pasarán a formar parte de la remuneración mensual unificada. Estos valores una vez mensualizados no excederán en total el monto de un salario mensual básico unificado”. El Decreto en mención, fue reformado mediante Decreto Ejecutivo No. 225, publicado en el Registro Oficial No. 123 de 4 de febrero de 2010.

Con posterioridad a los mencionados Decretos, fue publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010, la Ley Orgánica del Servicio Público, cuyos incisos tercero y cuarto de sus Derogatorias dejaron sin efecto todo reconocimiento de estímulos económicos por años de servicios en las instituciones públicas.

Por lo tanto, no es procedente que el Gobierno Provincial de Napo, aplique a sus funcionarios y servidores el Decreto Ejecutivo No. 1701, publicado en el Registro Oficial No. 592 de 18 de mayo del 2009, y su reforma expedida mediante Decreto Ejecutivo No. 225, publicado en el Registro Oficial No. 123 de 4 de febrero de 2010, cuyo ámbito corresponde a los trabajadores del sector público y no a funcionarios ni servidores.

OF. PGE. N°: 01137, de 29-03-2011

FONDOS DE RESERVA Y CESANTÍA: COMPUTO Y FORMA DE PAGO

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO NACIONAL DE ELECTRICIDAD, CONELEC

CONSULTAS:

1. “¿El Consejo Nacional de Electricidad, CONELEC, como persona jurídica de derecho público, con patrimonio propio, autonomía administrativa, económica, financiera y operativa, conforme lo dispone el Art. 12 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico y contando con el autofinanciamiento respectivo que proviene de los agentes del Sector Eléctrico, según lo establecido en los artículos 19 y 20 de la invocada Ley, está obligado a depositar por concepto de Fondos de Reserva el equivalente a una Remuneración Mensual Unificada, conforme lo prescrito en los artículos 282 de la Ley de Seguridad Social y 196 del Código del Trabajo, aplicando los principios constitucionales de igualdad, indubio pro operario y de irrenunciabilidad?”.

2. “¿La entidad puede cancelar directamente a sus funcionarios, si ellos así lo deciden conforme lo dispone la Disposición Transitoria Primera de la Ley para el Pago Mensual de los Fondos de Reserva?”.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica de Servicio Público Arts. 3, 96 y 99.

LOSCCA Arts. 2, 3, 101 y Disp. Trans. Octava (derogada).

Ley Reformatoria a la Ley de Seguridad Social, a la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y a la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional Art. 10 y Disp. Trans. Quinta.

LOSCCA Arts. 2, 3, 101 y Disp. Trans. Octava (derogada).

Ley de Régimen del Sector Eléctrico Arts. 12, 19 y 20.

Ley de Seguridad Social Arts. 275 y 282.

Código del Trabajo Arts. 95 y 196.

Ley para el Pago Mensual del Fondo de Reserva y Régimen Solidario de Cesantía por parte del Estado Disp. Trans. Primera.

Res. N° C. D. 096, R. O. N° 216 de 23-02-2006 Art. 1.

Res. N° 193, R. O. N° 244 de 03-01-2008.

Res. N° 214, R. O. S. N° 395 de 04-08-2008.

Res. N° 227, R. O. S. N° 485 de 10-12-2008.

Res. N° 240, R. O. N° 526 de 11-02-2009.

Res. N° 272, R. O. N° 8 de 20-08-2009.

Res. N° 316, R. O. N° 201 de 27-05-2010, Reglamento para el pago o devolución del Fondo de Reserva por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social” Arts. 1 y 2.

PRONUNCIAMIENTO:

De los antecedentes de su oficio se establece que el CONELEC desde el 1 de enero de 2004 ha depositado los Fondos de Reserva que corresponden a los funcionarios de la Entidad sujetándose a lo establecido en la Disposición Transitoria Octava de la entonces vigente LOSCCA.

Manifiesta usted en el oficio de consulta que a partir del año 2004, el CONELEC no ha cancelado por concepto de Fondo de Reserva, una Remuneración Mensual Unificada por cada año de servicio de sus funcionarios como lo disponen los artículos 282 de la Ley de Seguridad Social y 196 del Código del Trabajo, y según lo señalado por el Director Jurídico de la Contraloría General del Estado en memorando No. 395 DJDJ de 14 de octubre de 2005, sino que lo ha hecho en función de los porcentajes de aportación patronal y personal de cada servidor al Seguro Social Obligatorio.

Al oficio de consulta se anexa copia del informe del Procurador del CONELEC que consta en el memorando No. PG- 11- 0004 de 5 de enero de 2011 que expresa su conformidad con el análisis efectuado por el Director Jurídico de la Contraloría General del Estado del memorando No. 395 DJDJ de 14 de octubre de 2005, en el sentido de que los Fondos de Reserva son de naturaleza jurídica distinta a los aportes a la seguridad social que realizan tanto el empleador como el trabajador, es decir que el aporte que corresponde a Fondos de Reserva, debe efectuarse por el valor equivalente al de la Remuneración Mensual Unificada de cada funcionario.

La Ley Orgánica del Sector Eléctrico en el Art. 12 expresa que el Consejo Nacional de Electricidad-CONELEC– es una persona jurídica de derecho público, con patrimonio propio, autonomía administrativa, económica, financiera y operativa; cuyos recursos según el Art. 20 *ibidem* provienen de la contribución económica que entregan anualmente, los generadores, el transmisor y los distribuidores de energía eléctrica, que financian el presupuesto de la entidad.

La Ley de Seguridad Social en el Art. 275 inciso primero dispone que el IESS será el recaudador del Fondo de Reserva de los empleados, obreros y servidores públicos afiliados al Seguro General Obligatorio que prestaren servicios por más de un año para un mismo empleador, de conformidad con lo previsto en el Código del Trabajo y otras leyes sobre la misma materia.

El Art. 282 de la Ley mencionada, establece que la aportación obligatoria del empleador para el Fondo de Reserva será el equivalente a un mes de remuneración, por cada año completo posterior al primero de sus servicios conforme al Código del Trabajo.

El Código del Trabajo en el Art. 196 reconoce a los trabajadores el derecho al Fondo de Reserva en la suma equivalente a un mes de sueldo o salario por cada año completo posterior al primero de sus servicios, cantidad que se calculará de conformidad con lo dispuesto en el Art. 95 del Código citado.

El Art. 95 del Código del Trabajo fue declarado inconstitucional por la Resolución No. 1193- 2000 publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 234 de 29 de diciembre de 2000. Sin embargo, la Comisión de Legislación y Codificación del entonces Congreso Nacional incluyó el referido Art. 95 en la Codificación del Código del Trabajo, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 167 de 16 de diciembre de 2005; y, por último éste artículo fue reformado por el Art. 4 de la Ley para el Pago Mensual del Fondo de Reserva y Régimen Solidario de Cesantía por parte del Estado, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 644 de 29 de julio de 2009.

La Disposición Transitoria Octava de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público- LOSCCA – derogada por la Ley Orgánica del Servicio Público, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010, determinaba que las instituciones, entidades y organismos previstos en

el Art. 101 de esta Ley; y, las autoridades y funcionarios comprendidos en el nivel jerárquico superior, servidores y trabajadores de las entidades arriba señaladas, que tienen la obligación de aportar a la seguridad social, además del salario base sobre el que vienen aportando, lo harán sobre la diferencia de la respectiva remuneración mensual unificada de acuerdo a las primas de aportación vigentes, conforme a la tabla y fechas señaladas en dicha Disposición Transitoria, y que comprende desde el 1 de enero de 2004 hasta el 1 de enero de 2010; agregaba la norma, que de existir incrementos al salario unificado, se aportará al IESS sobre el 100 % de dichos incrementos.

La derogada LOSCCA en el Art. 101 señalaba el ámbito de aplicación de la unificación y homologación de las remuneraciones de los organismos y entidades del sector público con las excepciones determinadas en dicho artículo; y, el Art. 104 establecía la remuneración mensual unificada que resultaba de dividir para doce la suma de todos los ingresos anuales que el dignatario, autoridad, funcionario, servidor y trabajador, tenga derecho y que se encuentre presupuestado, a la que no se debían sumar los ingresos correspondientes al décimo tercer sueldo o remuneración; décimo cuarto sueldo o remuneración, viáticos, subsistencia, dietas, horas suplementarias, extraordinarias, encargos y subrogaciones.

La Disposición Transitoria Décima Primera de la derogada LOSCCA disponía que la unificación de los ingresos de los servidores y trabajadores de las entidades y organismos determinados en el Art. 101 de esa Ley, entre en vigencia a partir del 1 de enero de 2004.

El Consejo Directivo del IESS expidió la Resolución No. C. D. 096 publicada en el Registro Oficial No. 216 de 23 de febrero de 2006 que en el Art. 1 dispuso que el mínimo del salario unificado homologado base de aportación o materia gravada para los servidores del sector público de conformidad con la Disposición Transitoria Octava de la entonces vigente LOSCCA será la remuneración mensual unificada de acuerdo con las primas de aportación vigentes para el período comprendido entre el año 2006 al año 2010; y, en sus artículos 2 y 3 estableció los salarios mínimos de aportación para el año 2006, de los dignatarios, autoridades y funcionarios que ocupen puestos a tiempo completo, comprendido en el nivel jerárquico superior, así como para los servidores y trabajadores del sector público.

Estos salarios mínimos de aportación, fueron sustituidos por la Resolución No.

193 publicada en el Registro Oficial No. 244 de 3 de enero de 2008, añadiendo los salarios mínimos de aportación para los años 2007 y 2008. A su vez, mediante la Resolución No. 214 publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008, se sustituyeron los salarios mínimos de aportación del año 2008; así mismo, mediante Resolución No. 227 publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 485 de 10 de diciembre de 2008, se sustituyeron nuevamente los salarios mínimos de aportación del año 2008; y finalmente, mediante Resolución No. 240 publicada en el Registro Oficial No. 526 de 11 de febrero de 2009, se establecieron los salarios mínimos de aportación para el año 2009.

La Ley Reformatoria a la Ley de Seguridad Social, a la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y a la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 559 de 30 de marzo de 2009, en el Art. 10 relacionado con la Ley de Seguridad Social dispone lo siguiente:

“Art. 10.- Incorpórese como inciso final del artículo 280 el siguiente:

“Los fondos de reserva de los trabajadores públicos y privados se depositarán mensualmente en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en el equivalente al ocho punto treinta y tres por ciento (8.33%) de la materia gravada, conjuntamente con el pago de los aportes mensuales”.

La Disposición Transitoria Quinta de la Ley Reformatoria mencionada señala:

“Quinta.- Para los efectos de la aplicación de la reforma del primer inciso del artículo 280 de la Ley de Seguridad Social, previsto en la presente Ley, cada año de aportes de fondos de reserva se considerará como doce meses de aportaciones mensuales”.

Cabe destacar que, la Comisión Legislativa y de Fiscalización con fecha 19 de mayo de 2009, expidió la Ley para el Pago Mensual del Fondo de Reserva y Régimen Solidario de Cesantía por parte del Estado, vigente desde su publicación en el Suplemento del Registro Oficial No. 644 de 29 de julio de 2009, que en su Disposición Transitoria Primera expresa lo siguiente:

“PRIMERA.- A partir del mes siguiente de la entrada en vigencia de la presente ley el empleador pagará de manera mensual y directa a sus trabajadores o servidores, según sea el caso, el valor equivalente al ocho coma treinta y tres por

ciento (8, 33 %) de la remuneración de aportación, por concepto de fondos de reserva, salvo que el afiliado solicite por escrito que dicho pago no se realice, en cuyo caso esos valores continuarán ingresando a su fondo individual de reserva a través del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. La autoridad competente verificará que el empleador cumpla con esta obligación.

El fondo de reserva no estará sujeto al pago de aportaciones al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social ni al pago de impuesto, retenciones o deducción alguna”.

En aplicación a la Ley para el Pago Mensual del Fondo de Reserva y Régimen Solidario de Cesantía por parte del Estado, el Consejo Superior del IESS expidió la Resolución No. 272 publicada en el Registro Oficial No. 8 de 20 de agosto de 2009, la cual fue sustituida por la Resolución No. 316 publicada en el Registro Oficial No. 201 de 27 de mayo de 2010, que contiene el “ Reglamento para el pago o devolución del Fondo de Reserva por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social”, que en el Art. 1 señala lo siguiente:

“Art. 1 .- Derecho del trabajador o servidor.- El trabajador o servidor público con relación de dependencia, tendrá derecho al pago mensual del Fondo de Reserva por parte de su empleador, en un porcentaje equivalente al ocho coma treinta y tres por ciento (8,33%) de la remuneración aportada al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, después del primer año de trabajo”.

El Art. 2 de la Resolución No. 316 expresa:

“Art. 2.- Depósito del Fondo de Reserva en el IESS.- Cuando el trabajador o servidor público solicitare por escrito, a través del aplicativo informático, que su Fondo de Reserva sea depositado en el IESS, el empleador consignará dicho rubro mensual, conjuntamente con la planilla de aportes. Estos valores se registrarán en la cuenta individual del afiliado para su posterior devolución. De no depositarse el Fondo de Reserva dentro de los primeros quince (15) días del mes siguiente al que corresponda, causará mora con los recargos y multas correspondientes”.

La Ley Orgánica del Servicio Público en el Art. 3 establece 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”.

El Art. 96 de la Ley Orgánica en estudio establece la remuneración mensual unificada en las entidades, instituciones, organismos y personas jurídicas señaladas en el Art. 3 de esta Ley, la misma que resulta de dividir para doce la suma de todos los ingresos anuales que las dignatarias, dignatarios, autoridad, funcionaria, funcionario, servidora y servidor a que tenga derecho y que se encuentren presupuestado; remuneración mensual a la que no se sumarán entre otros ingresos en la letra d) El fondo de reserva.

El Art. 99 de la Ley Orgánica del Servicio Público dispone lo siguiente:

“Art. 99.- Fondos de Reserva.- Los servidores y servidoras de las entidades, instituciones, organismos o personas jurídicas señaladas en el artículo 3 de esta ley, tienen derecho a recibir anualmente y a partir del segundo año por concepto de fondos de reserva una remuneración mensual unificada del servidor equivalente a la que perciba, conforme a las normas pertinentes que regulan la seguridad social”.

Con fundamento en la normativa jurídica que he citado, en atención a la primera parte de la consulta formulada por usted, se concluye que, el pago de los aportes y fondos de reserva al IESS de los servidores públicos a partir del año 2004 al 2009, se efectuaba de conformidad con la entonces vigente Disposición Transitoria Octava de la LOSCCA y de las Resoluciones expedidas por el Consejo Directivo del IESS Nos. 096, 193, 214, 227 y 240, publicadas en los Registros Oficiales Nos. 216, 244, 395, 485 y 526 de 23 de febrero de 2006, 3 de enero, 4 de agosto, 10 de diciembre de 2008, y 11 de febrero de 2009.

Se debe observar el Art. 10 de la Ley Reformatoria a la Ley de Seguridad Social, a la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y a la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 559 de 30 de marzo de 2009, así como la Disposición Transitoria Primera de la Ley para el Pago Mensual del Fondo de Reserva y Régimen Solidario de Cesantía por parte del Estado, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 644 de 29 de julio de 2009, relativa al pago de los fondos de reserva a partir del mes de agosto de 2009, en el equivalente al ocho coma treinta y tres por ciento de la

materia gravada o remuneración de aportación; así como el Reglamento para el Pago o Devolución del Fondo de Reserva por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social expedido con la Resolución del Consejo Superior del IESS No. 316 publicada en el Registro Oficial No. 201 de 27 de mayo de 2010.

Conforme al Art. 99 de la Ley Orgánica del Servicio Público publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010, los servidores y servidoras del CONELEC tienen derecho a recibir anualmente y a partir del segundo año por concepto de fondos de reserva una remuneración mensual unificada del servidor equivalente a la que perciba, conforme a las normas pertinentes que regulan la seguridad social.

Respecto a la segunda parte de la consulta, en cumplimiento de la Disposición Transitoria Primera de la Ley para el Pago Mensual del Fondo de Reserva y Régimen Solidario de Cesantía por parte del Estado publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 644 de 29 de julio de 2009, el Consejo Nacional de Electricidad puede cancelar de manera mensual y directa a sus trabajadores o servidores, según sea el caso, el valor equivalente al ocho coma treinta y tres por ciento (8,33%) de la remuneración de aportación, por concepto de fondos de reserva, salvo que el afiliado solicite por escrito que dicho pago no se realice, en cuyo caso esos valores continuarán ingresando a su fondo individual de reserva, a través del IESS.

OF. PGE. N°: 00157, de 27-01-2011

GARANTÍAS: DEVOLUCIÓN AL AMPARO DE LA DEROGADA LEY DE CONSULTORÍA

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN DAULE

CONSULTA:

“¿Cuál es el procedimiento para la devolución a los consultores de los recursos que estuvieron previstos en los artículos 19 y 20 de la Ley de Consultoría y que serán administrados por el Instituto Nacional de Contratación Pública?”.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Art. 10 num. 9, Disp. Trans. Octava.

Código Civil Art. 7 regla 18.

Ley de Consultoría Arts. 19, 20, 21, 36, 37 (derogada).

Res. N° INCP-005-08, R. O. N° 445 de 14-10-2008 Arts. 1 y 3.

PRONUNCIAMIENTO:

Atenta la materia de la consulta, a fin de contar con mayores elementos para su análisis, mediante oficio No. 925 de 17 de marzo de 2011 este Organismo solicitó el criterio del Instituto Nacional de Contratación Pública, habiéndose recibido respuesta en oficio No. DE-3081-2011 de 24 de marzo de 2011, recibido al día siguiente.

En el informe del Procurador Síndico Municipal, contenido en oficio No. 248-DSM-11 de 3 de marzo de 2011, que se ha acompañado a la consulta se expone que el artículo 20 de la derogada Ley de Consultoría, preveía que la entidad contratante retendría el 5% de los pagos que hiciera al consultor, los depositaría a nombre del contratista en el Fondo de Consultoría, y los devolvería con los respectivos intereses, previa orden del funcionario competente de la entidad contratante, una vez cumplidas las obligaciones materia del contrato.

El mismo informe cita además la Disposición Transitoria Octava de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que con respecto a los recursos previstos en los artículos 19 y 20 de la Ley de Consultoría, establece que serán administrados por el INCOP y devueltos a los consultores incluidos los intereses que se generen, siguiendo para el efecto lo estipulado en los respectivos contratos de consultoría.

Añade que mediante Resolución No. INCP-005-08, publicada en el Registro Oficial No. 445 de 14 de octubre de 2008, se expidieron por parte del INCOP 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, que el artículo 3 de dicha Resolución, dispone que todo contrato otorgado antes de la vigencia de la nueva ley, se registrará por sus estipulaciones y por las normas de derecho vigente a la fecha de su celebración.

Concluye el informe del Procurador Síndico Municipal, que la Transitoria Octava de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no establece el procedimiento para la devolución de los valores retenidos a los consultores "lo cual podría realizarse transfiriendo los recursos más los intereses al Instituto

Nacional de Contratación Pública, para que el INCOP proceda al pago de dichas cantidades al contratista. La otra posibilidad es la de devolver los valores más los intereses directamente al contratista previa aprobación del Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública”.

La Ley de Consultoría, sobre cuya aplicación trata su consulta, fue derogada por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008.

El Capítulo V de la derogada Ley de Consultoría, regulaba las garantías que los consultores debían rendir y entre ellas, el artículo 19 de dicha Ley, establecía una por un monto equivalente al 5% del valor del contrato, para asegurar el cumplimiento del contrato y responder por las obligaciones relacionadas con él. El mismo artículo establecía además las formas en que los consultores podían rendir las garantías (póliza de seguros, hipoteca de bienes raíces, entrega de títulos valores negociables, etc.).

Para los casos en que el contrato de consultoría se hubiere adjudicado, según su monto, mediante los procedimientos de concurso privado o concurso público, regulados por las letras b) y c) del artículo 12 de esa Ley, el artículo 20 de la derogada Ley de Consultoría disponía lo siguiente:

“Art. 20.- En los contratos de consultoría a que se refieren los literales b) y c) del Art. 12 de esta Ley, además de las garantías determinadas en el artículo anterior, la dependencia, entidad u organismo contratante, retendrá el 5% de los pagos en dólares de los Estados Unidos de América que hiciera al contratista por cuenta del contrato excluyendo los costos reembolsables respecto de los cuales el consultor no perciba o deduzca honorarios, y los depositará a nombre del contratista en el Fondo de Consultoría, en una cuenta especial.

Cuando el pago se haya estipulado en divisas, el mismo se hará efectivo por el valor correspondiente, para cuyo efecto el contratista deberá depositar en una cuenta especial del Fondo de Consultoría, un valor equivalente al 5% de dicho pago.

Los intereses que produzcan estos depósitos en el Fondo de Consultoría, pertenecerán al contratista y le serán devueltos previa orden escrita del correspondiente funcionario de la dependencia, entidad u organismo contratante, la que será extendida una vez cumplidas las obligaciones materia del contrato”.

El artículo 21 de la misma Ley preveía que de los valores de las garantías determinadas en los Arts. 19 y 20 de esa Ley, “el 50% se devolverá al contratista una vez suscrita el acta de recepción provisional de los trabajos, y el 50% restante, una vez suscrita el acta de recepción definitiva, a satisfacción de la dependencia, entidad u organismo contratante”.

El artículo 36 de la Ley en análisis, creó el Fondo de Consultoría, que según la letra a) del artículo 37 *ibídem*, estaba constituido entre otros recursos, por “a) El aporte obligatorio del cinco por mil del valor de cada contrato de consultoría que suscriba el sector público, de las cuantías establecidas en los literales b) y c) del artículo 12 de esta Ley, cantidad que será automáticamente retenida por la institución contratante de cada pago que haga por cuenta del contrato y que la remitirá en el plazo máximo de treinta días a la Secretaría Técnica del Comité de Consultoría...”.

De las normas de la derogada Ley de Consultoría que se han citado se desprende que, en los contratos sujetos a los procedimientos de concurso privado y concurso público, además de la garantía del fiel cumplimiento del contrato (5% de su monto), los consultores estaban sujetos a la retención que la entidad contratante debía efectuar de conformidad con el artículo 20 de esa Ley, correspondiente a 5% de los pagos que se hicieren por cuenta del contrato, valores que debían ser depositados por la contratante a nombre del contratista (consultor) en el Fondo de Consultoría, y ser devueltos junto con los intereses que hubieren producido, una vez cumplidas las obligaciones materia del contrato, en la forma prescrita por el artículo 21 *ibídem*, esto es 50% suscrita el acta de recepción provisional y el 50% restante una vez suscrita el acta de recepción definitiva.

En forma adicional, los consultores seleccionados por concurso privado o concurso público, debían aportar obligatoriamente al Fondo de Consultoría, el cinco por mil del valor de cada contrato de consultoría, mediante retención de cada pago que la contratante hiciera por cuenta del contrato, y que debía ser remitida a la Secretaría Técnica del Comité de Consultoría, según el artículo 37 de la derogada Ley de Consultoría. Estos valores eran recursos del Fondo de Consultoría y por tanto no estaban sujetos a devolución a los consultores.

Las Disposiciones Transitorias Séptima y Octava de la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece respecto del aporte obligatorio al Fondo de Consultoría que establecía el artículo 37 de la derogada

Ley de la materia, que “serán administrados por el Instituto Nacional de Contratación Pública y estarán destinados a promover el desarrollo, ampliación y modernización de la consultoría nacional, especialmente en las áreas de capacitación del personal técnico dedicado al servicio de la consultoría y a la promoción de las actividades de investigación al servicio de la consultoría”.

En relación a las retenciones efectuadas a los consultores, en virtud de los artículos 19 y 20 de la derogada Ley de Consultoría, que como antes se revisó, estaban sujetas a devolución a los contratistas una vez cumplidas las obligaciones materia del contrato, en la forma prevista en el artículo 21 de esa Ley, la Disposición Transitoria Octava de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prescribe:

“OCTAVA.- Los recursos que estuvieron previstos en los artículos 19 y 20 de la Ley de Consultoría serán administrados por el Instituto Nacional de Contratación Pública y serán devueltos a los consultores incluidos los intereses que se generen, siguiendo para el efecto lo estipulado en los respectivos contratos de consultoría. El rendimiento de los recursos previstos en esta disposición será igual al de la tasa de interés pasiva para depósitos monetarios fijada por el Banco Central del Ecuador”.

Sobre la base de la Transitoria Octava, el Director Ejecutivo del INCOP, en el oficio No. DE-3081-2011 de 24 de marzo de 2011, al que se hizo referencia en los antecedentes, manifiesta que en la herramienta e-Sigef del Ministerio de Finanzas “están habilitados los siguientes tipos de deducciones: 318 Retención Garantía al Fondo de Consultoría – 5% Garantía y 317 Retención Aporte Comité de consultoría – 5 por mil”. Sobre dicha base concluye que:

“...al ser el INCOP la entidad encargada de administrar los recursos antes descritos y toda vez que se realizaron las retenciones establecidas en las disposiciones transitorias séptima y octava que correspondían al 5% de garantía y 5 por mil de aporte y al no haber sido transferidas estas retenciones, la Ilustre Municipalidad del Cantón Daule será la responsable de reconocer los intereses correspondientes al período de su retención.

Una vez realizadas las transferencias de las retenciones antes mencionadas al INCOP, la entidad deberá remitir una comunicación al señor Director Ejecutivo del INCOP solicitando la devolución de garantía, adjuntado el Acta de Entrega

Recepción Provisional o Definitiva dependiendo del caso, así como la liquidación económica y documentación de respaldo que avalice la transferencia o depósito al Fondo de Consultoría, toda vez que fueron por contratos suscritos cuando estaba vigente la ley de Consultoría”.

Del tenor de la Disposición Transitoria Octava de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que antes fue transcrita, se desprende que a partir de la promulgación de esa Ley, el INCOP administra los valores correspondientes al 5% que por concepto de garantía se retenían a los consultores, y que se debían depositar a nombre del consultor en el Fondo de Consultoría, para ser devueltos junto con los respectivos intereses al suscribirse las actas de recepción provisional y definitiva de los trabajos, de conformidad con los artículos 20 y 21 de la derogada Ley de Consultoría.

En consecuencia, siendo el INCOP el administrador de dichos recursos, a dicho Instituto corresponderá devolver los valores retenidos a los consultores, una vez concluidos los trabajos materia de los respectivos contratos.

Sin embargo, según se expone en la comunicación No. DE-3081-2011 de 24 de marzo de 2011 del Director Ejecutivo del INCOP, la Municipalidad del Cantón Daule, no ha transferido dichas retenciones al INCOP y por tanto dicha Municipalidad “será la responsable de reconocer los intereses correspondientes al período de su retención”.

La regla 18 del artículo 7 del Código Civil prevé: “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”.

En concordancia con esa disposición y en ejercicio de la atribución de dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que el numeral 9 del artículo 10 de ésta confiere al Instituto Nacional de Contratación Pública, su Director Ejecutivo expidió la Resolución No. INCP 005-08, publicada en el Registro Oficial No. 445 de 14 de octubre de 2008, cuyo artículo 1 preceptúa: “Todo contrato que tenga por objeto la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, otorgado antes de la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se registrará por sus estipulaciones y por las normas de derecho vigentes a la fecha de su celebración.”

La Procuraduría General del Estado se ha pronunciado en forma reiterada en los oficios Nos. 5334, 6008, 8112 y 8988 de 10 de diciembre de 2008, 5 de febrero de 2009, 2 de julio de 2009 y 31 de agosto de 2009, en el sentido de que conforme la regla 18 del artículo 7 de la Codificación del Código Civil y el artículo 1 de la Resolución INCOP No. 005-08 de 3 de octubre de 2008, los contratos celebrados antes de la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se sujetarán a la normativa vigente a la fecha de su celebración.

En atención a los términos de su consulta se concluye que para la devolución de los valores que por concepto de garantía del 5% del monto del contrato, se retuvieron a los consultores de conformidad con los artículos 19 y 20 de la derogada Ley de Consultoría, el procedimiento aplicable es el establecido en el artículo 21 de esa ley, es decir, que dichos valores y los intereses respectivos, deben ser devueltos a los consultores el 50% una vez suscrita el acta de recepción provisional y el 50% restante, luego de la firma del acta de recepción definitiva.

En aplicación de la Disposición Transitoria Octava de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, corresponderá al INCOP, como administrador de dichos recursos, efectuar la correspondiente devolución; sin embargo, en el caso de entidades contratantes que no hubieren efectuado la transferencia al INCOP de los valores correspondientes a la garantía del 5% del monto de los contratos de consultoría que hubieren celebrado al amparo de la derogada Ley de Consultoría, como en el caso específico de la Municipalidad de Daule, tanto la devolución de dichos valores como el reconocimiento de los intereses correspondientes al período en que fueron efectuadas las retenciones, son de responsabilidad de la respectiva entidad contratante.

OF. PGE. N°: 01910, de 20-05-2011

IMPUESTO A LA PLUSVALÍA: TRANSFERENCIA DE INMUEBLES CON NUEVAS CONSTRUCCIONES

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE DESARROLLO URBANO Y VIVIENDA

CONSULTAS:

1. “¿Si de conformidad con lo dispuesto en la letra g) del Art. 491 y en la letra a) del Art. 559 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía

y Descentralización COOTAD, la transferencia de inmuebles con nuevas construcciones deben pagar el impuesto a la plusvalía?”.

2. “¿Si la “fecha de adquisición”, cuando existe de por medio una transferencia a título de fideicomiso mercantil, para efectos de las rebajas del 5% anual prevista en el Art. 559 letra a) del COOTAD, es la fecha de la transferencia de dominio del inmueble inmediata anterior a los aportes y/o restituciones fiduciarias que haya tenido el inmueble y no la fecha del fideicomiso?”.

3. Si está vigente “...la exoneración de todo tipo de impuestos que pudieran causarse en el acto de constitución del fideicomiso mercantil, de conformidad con lo previsto en el Art. 536 del COOTAD?”.

BASES LEGALES:

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 491 lit. g), 536, 556, 557, 566, 588 y 559.

Ley Orgánica de Régimen Municipal Arts. 368, 370 y 371 (derogada).

Código Civil Arts. 18 num. 2, 588, 702, 953 y 955.

Ley de Régimen Tributario Art. 29.

Código Tributario Arts. 31, 32 y 87.

Ley de Mercado de Valores Arts. 109, 110 y 113.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. La letra g), del artículo 491 del COOTAD, incluye entre los impuestos municipales, el impuesto a las utilidades en la transferencia de predios urbanos y plusvalía.

Según el artículo 556 del Código *ibídem*, el impuesto por utilidades y plusvalía es el diez por ciento sobre la utilidad o plusvalía que provengan de la transferencia de inmuebles urbanos. Dicha norma autoriza a las municipalidades a modificar el porcentaje del impuesto mediante Ordenanza.

De conformidad con el artículo 558 del COOTAD, son sujetos pasivos del impuesto por utilidades y plusvalía, “los que como dueños de los predios, los vendieren obteniendo la utilidad imponible y por consiguiente real... Para los casos de transferencia de dominio el impuesto gravará solidariamente a las partes contratantes o a todos los herederos o sucesores en el derecho, cuando se trate de herencias, legados o donaciones”. Previsión en idéntico sentido constaba en el artículo 370 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Por su parte, el artículo 559 del Código en estudio, sobre el que trata su consulta, dispone:

“Art. 559.- Deducciones adicionales.- Además de las deducciones que hayan de efectuarse por mejoras y costo de adquisición, en el caso de donaciones será el avalúo de la propiedad en la época de adquisición, y otros elementos deducibles conforme a lo que se establezca en el respectivo reglamento, se deducirá:

a) El cinco por ciento (5%) de las utilidades líquidas por cada año que haya transcurrido a partir del momento de la adquisición hasta la venta, sin que en ningún caso, el impuesto al que se refiere esta sección pueda cobrarse una vez transcurridos veinte años a partir de la adquisición”.

La letra a), del artículo 371 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, sobre esta materia disponía que, las deducciones del cinco por ciento de las utilidades líquidas por cada año, se aplicarían a partir del segundo año de la adquisición hasta la venta; en lo demás, la citada disposición es idéntica a la contenida en la letra a), del artículo 559 del COOTAD, que rige desde su promulgación.

En el informe jurídico que se ha acompañado a la consulta, contenido en memorando No. 0000337 DNP-CGJ-MIDUVI-2011 de 9 de febrero de 2011, el Coordinador General Jurídico del MIDUVI, expone que el texto de la letra a) del artículo 559 del COOTAD, ha generado dudas en los gobiernos autónomos descentralizados municipales del país, sobre si las viviendas nuevas –recién construidas- deben pagar plusvalía en el momento de su venta.

Argumenta el informe jurídico que: “una construcción, tiene como efecto que se creen nuevos datos catastrales en el municipio, distintos del que tenía el terreno sin construir; y, en el caso de bienes sujetos a régimen de propiedad horizontal, tantas claves catastrales cuantos bienes sujetos a dicho régimen, aunque se asienten en el mismo terreno”.

El mismo informe manifiesta que: “Asimilar la construcción total de un inmueble que anteriormente no existía (casa o departamento) a una mejora, es desnaturalizar el concepto de éstas...Por ello, no es mejora construir íntegramente una edificación, sobre el supuesto de que ésta se adhiere al suelo, puesto que en realidad lo que existe es un bien nuevo”; y, concluye que: “no procede el cobro del impuesto a la

plusvalía en la transferencia de bienes sobre los cuales se haya construido una nueva edificación”.

Tanto el artículo 368 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, como el artículo 556 del vigente COOTAD, establecen que el hecho generador del impuesto que motiva la consulta es la utilidad y la plusvalía (mayor valor) de los inmuebles urbanos, que provengan de su transferencia; y, que el sujeto pasivo de ese impuesto, es quien transfiera el inmueble obteniendo la utilidad imponible y real (Arts. 370 de la derogada Ley Orgánica y 558 del COOTAD).

Por su parte, la letra a), del artículo 559 del COOTAD, antes transcrito, determina las deducciones aplicables al impuesto por utilidades y plusvalía, remitiéndose al efecto al Reglamento, el mismo que no ha sido expedido aún. Entre dichas deducciones, la norma legal se refiere a la del 5% de la utilidad gravada, por cada año contado a partir de la adquisición del inmueble hasta su venta.

El artículo 559 del COOTAD, establece deducciones “adicionales” a la establecida en el artículo 557 del mismo cuerpo normativo, referido al valor pagado por el dueño, por concepto de contribuciones especiales de mejoras. En consecuencia, las mejoras que constituyen deducciones adicionales para efectos del cálculo del impuesto a la plusvalía, son aquellas definidas por el Código Civil.

Las mejoras, según el artículo 588 del Código Civil, se consideran inmuebles, cuando están permanentemente destinadas al beneficio del inmueble y aumentan su valor.

El segundo inciso del artículo 953 del Código Civil, dispone que: “Sólo se entenderá por mejoras útiles, las que hayan aumentado el valor venal de la cosa”, esto es su valor de venta; y, el segundo inciso del artículo 955 *ibídem*, define a las mejoras voluptuarias, como: “las que sólo consisten en objetos de lujo y recreo, como jardines, miradores, fuentes, cascadas artificiales, y generalmente las que no aumentan el valor venal de la cosa en el mercado común, o sólo lo aumentan en una proporción insignificante”.

El numeral 2 del artículo 18 del Código Civil, que establece las reglas de interpretación de la Ley, dispone que: “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero

cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.

De las normas legales citadas se desprende que el concepto de mejora, es aquella que aumenta el valor de la cosa, establecido en los artículos 588, 953 y 955 del Código Civil, no es equivalente a nueva edificación.

Atenta la materia de la consulta, es pertinente considerar además que los ingresos provenientes de actividades de urbanización, lotización y otras similares, como por ejemplo las provenientes de la construcción de inmuebles para su venta bajo el régimen de propiedad horizontal, están gravadas con impuesto a la renta, de conformidad con el artículo 29 de la Ley de Régimen Tributario Interno que dispone:

“Art. 29.- Ingresos de la actividad de urbanización, lotización y otras similares.- Quienes obtuvieren ingresos provenientes de las actividades de urbanización, lotización, transferencia de inmuebles y otras similares, determinarán el impuesto a base de los resultados que arroje la contabilidad.

Para quienes no lleven contabilidad o la que lleven no se ajuste a las disposiciones legales y reglamentarias, se presumirá que la base imponible es el 30% del monto de ventas efectuadas en el ejercicio.

El impuesto que se hubiere pagado a los municipios, en concepto de impuesto a la utilidad en la compraventa de predios urbanos, será considerado crédito tributario para determinar el impuesto. El crédito tributario así considerado no será mayor, bajo ningún concepto, al impuesto establecido por esta Ley”.

De las normas citadas se concluye que, para el cálculo del impuesto municipal que grava las utilidades provenientes de la transferencia de predios urbanos y plusvalía, regulado por los artículos 556 y siguientes del COOTAD, la letra a), del artículo 559 de ese Código, prevé que se pueden deducir las mejoras incorporadas al inmueble, que definidas por el artículo 953 del Código Civil, son aquellas que aumentan el valor de venta del bien.

En el caso de edificaciones totalmente nuevas, construidas sobre inmuebles urbanos, a las que se refiere la consulta, no es aplicable el concepto legal de mejora, debido a que no se trata de algo que incremente el valor de venta del

predio, sino de una edificación absolutamente nueva, que debe ser incorporada al catastro municipal.

Por tanto, en ese caso, la plusvalía respecto del lote de terreno como tal, puede provenir de obras de infraestructura que hubieren mejorado el valor del terreno en sí y que hubieren generado contribuciones especiales de mejora, deducibles para efectos del cálculo del tributo según el artículo 557 del COOTAD, pero la utilidad no puede ser calculada respecto de la nueva edificación, pues al no haber existido antes, está sujeta a un nuevo catastro, sin que en consecuencia pueda ser considerada como una mejora para efectos de ser aplicada como una deducción adicional en el cálculo del impuesto municipal.

Por tanto, en atención a los términos de su consulta, se concluye que, de conformidad con la letra g), del Art. 491 del COOTAD, y sus artículos 556 y 559 letra a), en la transferencia de inmuebles con nuevas construcciones, el impuesto a la plusvalía y sus deducciones, se deben calcular respecto del inmueble sin considerar las nuevas construcciones, debido a que éstas al no haber existido antes, están sujetas a nuevos catastros y no pueden ser consideradas mejoras.

Lo dicho, sin perjuicio de lo que disponga el Reglamento al que se remite el artículo 559 del COOTAD, una vez que éste se expida.

2. En el informe jurídico de la entidad consultante, al que se hizo referencia al atender su primera consulta, se señala que en el caso de una transferencia a título de fideicomiso mercantil, “siendo ésta de carácter temporal e irrevocable, sujeta al cumplimiento de una condición o plazo, cabría sostener que tal transferencia no es la fecha real de adquisición, esto es, aquella en la que se canceló el precio de contraprestación”.

Agrega el informe jurídico manifestando que: “en muchos casos, si bien existe una transferencia de propiedad, no se pierde el vínculo jurídico o económico del bien, puesto que es el constituyente quien otorga las instrucciones a la fiduciaria, y ésta actúa en base a ellas, pudiendo ser el beneficiario el mismo constituyente”; y, concluye que: “... la fecha de adquisición debe retrotraerse a la fecha de la transferencia de dominio del inmueble inmediata anterior a los aportes y/o restituciones fiduciarias que haya tenido el inmueble; es decir, aquella sobre la cual sí se configuró el hecho generador del pago del impuesto y no la fecha del fideicomiso, en que se procura obtener un objetivo determinado, que

termina con una restitución del bien a favor del constituyente, o de un tercero por instrucciones del constituyente”.

El artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores, cuya Codificación está publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 215 de 22 de febrero de 2006, 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 artículo 110 *ibídem*, dispone que cuando al patrimonio del fideicomiso mercantil se aporten bienes inmuebles u otros para los cuales la ley exija la solemnidad de escritura pública, se cumplirá con este requisito; y, que, la transferencia de la propiedad a título de fideicomiso se efectuará conforme las disposiciones generales previstas en las leyes, atendiendo la naturaleza de los bienes.

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. Toda vez que dicha regla no admite ninguna excepción, tratándose de inmuebles, cualquiera sea el título que preceda al modo tradición, la fecha de tradición del inmueble será aquella en que el título hubiera sido inscrito en el Registro de la Propiedad.

Sin embargo, según se analizará más adelante al atender su tercera consulta, el artículo 536 del COOTAD y 113 de la Ley de Mercado de Valores, disponen que la transferencia de inmuebles a un fideicomiso mercantil está exenta del pago de impuestos, incluido el impuesto municipal a utilidad por transferencia de inmuebles urbanos y plusvalía. El citado artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores, prevé además que la transferencia a título de fideicomiso mercantil no es onerosa ni gratuita.

La transferencia del inmueble por parte del fiduciario para restituir su dominio al constituyente, también está exenta del pago del impuesto de plusvalía, de conformidad con el artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores; mientras que no está exenta del pago del impuesto a la plusvalía, la transferencia de inmuebles a favor del beneficiario de fideicomiso, denominado como “tercero” por el artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores, antes transcrito, pues la parte final del segundo inciso del citado artículo 113 de esa Ley, dispone que: “Estarán gravadas las transferencias gratuitas u onerosas que haga el fiduciario en favor de los beneficiarios en cumplimiento de las finalidades del contrato de fideicomiso mercantil, siempre que las disposiciones generales previstas en las leyes así lo determinen”.

Con respecto de otros terceros, el artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores, no ha previsto exención alguna en las transferencias de inmuebles que realice el fideicomiso a favor de terceros y por lo tanto dichas transferencias están gravadas por el impuesto a la plusvalía que motiva su consulta.

La rebaja o deducción del impuesto municipal a la plusvalía, del cinco por ciento anual de la utilidad proveniente de la transferencia, establecida en la letra a), del artículo 559 del COOTAD, que se transcribió al atender su primera consulta, es aplicable para efectos del cálculo del impuesto; es decir, que es aplicable únicamente cuando procede el pago del tributo.

Sin embargo, si la transferencia de inmuebles a un fideicomiso mercantil y la restitución del dominio del inmueble por parte del fiduciario al constituyente, están exentas del pago de impuestos, incluido el impuesto municipal a la plusvalía, según el artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores y 536 del COOTAD, en tales casos no existiría impuesto municipal sobre el cual calcular deducciones o rebajas.

En el caso de fideicomisos mercantiles de garantía, cuyo objeto es afianzar el cumplimiento de obligaciones del constituyente/deudor (quien puede conservar la mera tenencia del inmueble), respecto del beneficiario/acreedor, el producto de la realización o venta del/los inmuebles que se hubieran aportado al fideicomiso, se destina al pago de las obligaciones incumplidas.

En tal caso, la transferencia que efectúe el fideicomiso a favor de terceros, entendidos por tales quienes no son parte del contrato de fideicomiso, no está

exenta del pago del impuesto municipal de plusvalía establecida por el artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores, y por tanto, habría lugar al pago de dicho impuesto municipal y de ser el caso, a la aplicación de las rebajas que establece el artículo 559 del COOTAD, reglamentadas por cada Municipalidad conforme lo dispone esa norma.

De las normas que se han citado se desprende que si bien la transferencia de inmuebles a título de fideicomiso mercantil no genera el impuesto municipal de plusvalía, las transferencias que efectúe el fideicomiso a cualquier título, ya sea gratuito u oneroso sí causan tal impuesto, de conformidad con las normas aplicables a cada caso.

Finalmente, es pertinente considerar que el artículo 87 del Código Tributario, dispone que: “La determinación es el acto o conjunto de actos provenientes de los sujetos pasivos o emanados de la administración tributaria, encaminados a declarar o establecer la existencia del hecho generador, de la base imponible y la cuantía de un tributo.

Cuando una determinación deba tener como base el valor de bienes inmuebles, se atenderá obligatoriamente al valor comercial con que figuren los bienes en los catastros oficiales, a la fecha de producido el hecho generador. Caso contrario, se practicará pericialmente el avalúo de acuerdo a los elementos valorativos que rigieron a esa fecha”.

En atención a los términos de su consulta, se concluye que, al existir una exención establecida en el artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores, las deducciones al impuesto municipal de plusvalía previstas en la letra a), del artículo 559 del COOTAD, no se aplican a la transferencia de un inmueble aportado a un fideicomiso mercantil, toda vez que la transferencia al fideicomiso y la restitución del bien raíz al constituyente, están exentas del impuesto municipal de plusvalía, como he referido previamente, por lo que la fecha de tales transferencias no es relevante para efectos del cálculo de impuestos municipales y sus deducciones. En tal virtud, conforme he analizado anteriormente, el artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores determina que la transferencia a título de fideicomiso no es ni onerosa ni gratuita, por lo que se concluye que tal transferencia no constituye hecho generador para el pago de impuesto a la plusvalía, en los términos del inciso segundo del artículo 87 del Código Tributario.

Por lo tanto, para los efectos de la deducción del cinco por ciento (5%) de las utilidades líquidas en la transferencia de inmuebles, prevista en la letra a) del artículo 559 del COOTAD, aplicable por cada año transcurrido a partir del momento de la adquisición hasta la venta (o siguiente transferencia), debe contabilizarse como fecha de adquisición, la fecha de la tradición inmediata anterior en la que sí se configuró el hecho generador del pago del impuesto; es decir, la fecha de inscripción del último título inmediato anterior al de transferencia a favor del fideicomiso, siempre que éste haya constituido hecho generador, hasta la fecha de inscripción en el Registro de la Propiedad del respectivo título a favor del tercero que adquiere el inmueble, sea éste beneficiario del fideicomiso u otro tercero.

3. En el informe jurídico de la consultante, se manifiesta que: “sigue vigente la exoneración de todo tipo de impuestos que pudieran cursarse en el acto de constitución del fideicomiso mercantil, puesto que al constar en una disposición legal vigente que no ha sido derogada, ni contraviene expresamente ningún precepto del COOTAD, no existe argumento legal para sostener que ha desaparecido la exoneración”.

El segundo inciso del artículo 536 del COOTAD, dispone que: “Están exonerados del pago de todo impuesto, tasa o contribución provincial o municipal, inclusive el impuesto de plusvalía, las transferencias de dominio de bienes inmuebles que se efectúen con el objeto de constituir un fideicomiso mercantil”.

Los artículos 31 y 32 del Código Tributario, definen a la exención o exoneración tributaria, como “la exclusión o la dispensa legal de la obligación tributaria, establecida por razones de orden público, económico o social”; y, disponen que sólo mediante disposición expresa de ley, se podrá establecer exenciones tributarias, en las que se especificarán los requisitos para su reconocimiento o concesión a los beneficiarios, los tributos que comprenda, si es total o parcial, permanente o temporal.

De conformidad con el artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores, la transferencia a título de fideicomiso mercantil no es onerosa ni gratuita “ya que la misma no determina un provecho económico ni para el constituyente ni para el fiduciario y se da como medio necesario para que éste último pueda cumplir con las finalidades determinadas por el constituyente en el contrato.

Consecuentemente, la transferencia a título de fideicomiso mercantil está exenta de todo tipo de impuestos, tasas y contribuciones ya que no constituye hecho generador para el nacimiento de obligaciones tributarias ni de impuestos indirectos previstos en las leyes que gravan las transferencias gratuitas y onerosas”.

El mismo artículo en su segundo inciso dispone que: “La transferencia de dominio de bienes inmuebles realizada en favor de un fideicomiso mercantil, está exenta del pago de los impuestos de alcabalas, registro e inscripción y de los correspondientes adicionales a tales impuestos, así como del impuesto a las utilidades en la compraventa de predios urbanos y plusvalía de los mismos.

Las transferencias que haga el fiduciario restituyendo el dominio al mismo constituyente, sea que tal situación se deba a la falla de la condición prevista en el contrato, por cualquier situación de caso fortuito o fuerza mayor o por efectos contractuales que determinen que los bienes vuelvan en las mismas condiciones en las que fueron transferidos, gozarán también de las exenciones anteriormente establecidas. Estarán gravadas las transferencias gratuitas u onerosas que haga el fiduciario en favor de los beneficiarios en cumplimiento de las finalidades del contrato de fideicomiso mercantil, siempre que las disposiciones generales previstas en las leyes así lo determinen”.

Por lo expuesto, la exoneración de todo tipo de impuestos, incluido el impuesto municipal a la transferencia de inmuebles y plusvalía, que establece el COOTAD, está vigente respecto de la constitución de los fideicomisos mercantiles, de conformidad con el Art. 536 del COOTAD, y el artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores, que establecen dicha exención en forma expresa.

OF. PGE. N°: 00988, de 21-03-2011

IMPUESTOS: TASAS DE APROBACIÓN DE PLANOS E INSPECCIÓN DE CONSTRUCCIONES

ENTIDAD CONSULTANTE: AUTORIDAD PORTUARIA DE PUERTO BOLÍVAR

CONSULTA:

“¿La Autoridad Portuaria de Puerto Bolívar, está exonerada de pago alguno a favor del Municipio de Machala, por el permiso de construcción del Atracadero

No.- 5 de APPB y la aprobación de planos e inspección de la misma, de acuerdo a lo que establece el Art. 17, último inciso de la Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional, expedida mediante Decreto Supremo No.- 290, publicado en el Registro Oficial No.- 67 de fecha 15 de abril de 1976?”.

BASES LEGALES:

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 55 lit. b), 430, 432, 466 y 568.

Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional Arts. 1 y 17.

Código Tributario Art. 35.

PRONUNCIAMIENTO:

Del oficio No. 7933-SGMM de 23 de noviembre de 2010, cuya copia certificada se ha enviado a pedido nuestro, se desprende que el Director de Planeamiento y Urbanismo de la I. Municipalidad de Machala se ha dirigido a su Autoridad requiriéndole que para la construcción de la ampliación del Terminal Marítimo de Autoridad Portuaria de Puerto Bolívar, Atracadero No. 5, se solicite a ese Municipio el respectivo permiso de construcción y el pago de la respectiva tasa, de conformidad con los artículos 55 letra b), 567 y 568 del COOTAD.

En la referida comunicación la Municipalidad expone que “...los gobiernos autónomos descentralizados tienen como competencia exclusiva de conformidad con el Art. 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, “...b) Ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo en el cantón...”. Por lo que en este caso no procede aplicar el Art. 17, inciso (sic) de la Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional”.

En atención a nuestro requerimiento, el informe jurídico de la entidad consultante, contenido en oficio No. 005-UAJ-11 de 5 de enero de 2011, expone que Autoridad Portuaria de Puerto Bolívar “tiene claro legalmente la facultad de control sobre el uso y ocupación del suelo del cantón, que tiene el Municipio de Machala, al amparo del Art. 55 literal b), del Código de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, pero también tiene claro que la aprobación de planos e inspección de construcción de la obra antes mencionada, esta (sic) exonerada de pago alguno de acuerdo a lo que se estipula en el Art. 55 literal j) del Código nombrado, ya que la construcción del atracadero es en Zona de Playa, por lo que dentro de las competencias exclusivas del Gobierno Autónomo y Descentralizado, en este caso el Municipio de Machala, lo faculta a delimitar, regular, autorizar y

controlar el uso de las playas de mar, riveras y lechos de ríos, lagos y lagunas sin perjuicio de las limitaciones que establezca la ley, y esta limitación la establece el artículo 17 último inciso de la Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional, que trata sobre la exoneración de impuestos municipales o de cualquier otra clase”.

De conformidad con el artículo 1 de la Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional, los puertos de la República del Ecuador contarán para su administración, operación y mantenimiento con Autoridades Portuarias, organizadas como entidades de derecho público, personería jurídica, patrimonio y fondos propios, sujetas a las disposiciones de la Ley General de Puertos, de la presente Ley, y a las normas generales o especiales que afecten su vida administrativa.

El artículo 17 de la misma Ley, sobre cuya aplicación trata la consulta, dispone:

“Art. 17.- Las Autoridades Portuarias, previa resolución del Ministerio de Finanzas, gozarán de liberación de impuestos aduaneros a la importación de materiales, equipos e implementos que se requieren para los servicios portuarios a su cargo, siempre que no exista producción nacional suficiente.

También estarán exonerados de impuestos fiscales, municipales o de cualquier otra clase que graven su patrimonio, sus bienes o sus rentas”. La letra a) del artículo 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, confiere a las municipalidades, competencia exclusiva para: “a) Planificar, junto con otras instituciones del sector público y actores de la sociedad, el desarrollo cantonal y formular los correspondientes planes de ordenamiento territorial, de manera articulada con la planificación nacional, regional, provincial y parroquial, con el fin de regular el uso y la ocupación del suelo urbano y rural, en el marco de la interculturalidad y plurinacionalidad y el respeto a la diversidad..”.

El control sobre el uso y ocupación del suelo en el cantón, así como la regulación y autorización y control del uso de playas de mar, son también competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, de conformidad con las letras b) y j) del citado artículo 55 del COOTAD.

En concordancia, los artículos 430 y 432 del mismo Código confieren a las Municipalidades atribución para formular “ordenanzas para delimitar, regular, autorizar y controlar el uso de las playas de mar, riveras y lechos de ríos, lagos y lagunas, de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución y la ley”.

El artículo 466 *ibidem*, reitera como competencia exclusiva de los gobiernos municipales y metropolitanos, el control sobre el uso y ocupación del suelo en el territorio del cantón.

Atenta la competencia exclusiva de la Municipalidad en materia de uso de suelo en el cantón, incluidas las playas de mar, la letra w) del artículo 57 del COOTAD, asigna al Concejo competencia para: “w) Expedir la ordenanza de construcciones que comprenda las especificaciones y normas técnicas y legales por las cuales deban regirse en el cantón la construcción, reparación, transformación y demolición de edificios y de sus instalaciones”.

Así mismo, de conformidad con la letra e) del artículo 55 del Código en estudio, las municipalidades están autorizadas para crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanzas, tasas, tarifas y contribuciones especiales de mejoras, lo que se regulará mediante Ordenanzas, según el artículo 568 *ibidem*, norma que en su letra a) prescribe que el Concejo aprobará tasas entre otros servicios, para la aprobación de planos e inspección de construcciones.

En cuanto se refiere a la obligación de pago de las tasas municipales, el artículo 567 dispone que: “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...”; y, el artículo 568 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización determina los servicios municipales sujetos al pago de tasas.

Finalmente, es pertinente considerar que de conformidad con el segundo inciso del artículo 1 del Código Tributario, los tributos se clasifican en impuestos, las tasas y las contribuciones especiales o de mejora; y, el numeral 1 del artículo 35 *ibidem*, exonera al Estado, y las entidades de derecho público “exclusivamente del pago de impuestos, pero no de tasas ni de contribuciones especiales.”, lo que guarda conformidad con el artículo 17 de la Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional, que fue transcrita al inicio de este pronunciamiento, que establece una exención en beneficio de las Autoridades Portuarias, referida únicamente a impuestos.

Del análisis jurídico que precede, en atención a los términos de su consulta se concluye si bien Autoridad Portuaria de Puerto Bolívar, está exonerada del

pago de impuestos, de conformidad con el artículo 17 de la Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional y el numeral 1 del artículo 35 del Código Tributario, pero dicha exoneración no incluye otro tipo de tributos como las tasas municipales, entre ellas la tasa de aprobación de planos e inspección de construcciones, establecida por la letra a) del artículo 568 del COOTAD. En consecuencia, dicha Autoridad Portuaria no está exonerada del pago, a favor de la Municipalidad de Machala, por concepto de la tasa por aprobación de planos e inspección de la obra de construcción del Atracadero No.- 5 de APPB.

OF. PGE. N°: 00504, de 14-01-2011

IMPUESTOS: UTILIDAD Y PLUSVALÍA DE VENTA, DONACIÓN FIDEICOMISO DE INMUEBLES URBANOS

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN BAÑOS DE AGUA SANTA

CONSULTA:

“Indicar si la I. Municipalidad de Baños de Agua Santa, para efectuar el cobro del porcentaje determinado por la Ley sobre las utilidades y plusvalía, debe establecer dicho impuesto en base a toda transferencia de dominio (venta, donación, fideicomiso, aportación societaria, etc.) o únicamente en base a la venta de inmuebles urbanos”.

BASES LEGALES:

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 5 num. 2, 15, 16, 18, 24, 536, 556, 557, 558 y 559.

Código Civil Arts. 686, 687, 691 y 702.

Ley de Mercado de Valores Arts. 10, 104, 113 y 162.

Ley de Régimen Tributario Interno Art. 36 lit. d); y, 54, 55, 56 y 57 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

De manera previa a atender la consulta formulada, mediante oficios Nos. 570 y 1043 de 22 de febrero y 23 de marzo del 2011, esta Procuraduría solicitó a usted se sirva remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado por el Procurador Síndico de la Entidad Edilicia que usted representa, en relación con el objeto de

su consulta, conteniendo un análisis jurídico de las normas y la posición jurídica institucional en la que se concluya en base a dicho análisis.

Dicho requerimiento fue atendido por usted en oficio No. AMB-496-011 de 28 de marzo del 2011, al que adjunta el oficio No. AJ-243-2011 de 25 de marzo del 2011, en el cual el Procurador Síndico de la Municipalidad de Baños, expresa que el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización evidencia contradicciones en lo referente al impuesto a las utilidades y plusvalía, “ya que según el Art. 556 del COOTAD este impuesto grava a las utilidades y plusvalía que provengan de la transferencia de inmuebles urbanos; entendiéndose por transferencias a las ventas, donaciones, testamentos, adjudicaciones por particiones, traspaso por remates, permutas, transferencias para los aportes de capital de bienes raíces a nuevas sociedades, los aportes de bienes raíces que se efectúan para formar o aumentar el capital de sociedades industriales, etc. Según esta disposición legal, se entendería que se debe pagar el impuesto a las utilidades y plusvalía, no solamente por la compra venta de un inmueble sino también por la transferencia a título gratuito como las mencionadas anteriormente”. Manifiesta el Procurador Síndico que el artículo 558 del COOTAD, “establece que el impuesto de utilidad y plusvalía aplica para los dueños de predios que los vendieren, es decir que se produzca una compra venta. Según el Art. 1732 de la Codificación del Código Civil Ecuatoriano, la Compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero.

El que contrae la obligación de dar la cosa se llama vendedor, y el que contrae la de pagar el dinero, comprador. El dinero que el comprador se obliga a dar por la cosa vendida se llama precio; es decir para que aplique el impuesto a las utilidades y plusvalía necesariamente debe existir una transferencia de dominio a título oneroso”.

Concluye el Procurador Síndico manifestando que, en consideración a lo expuesto y en aplicación del numeral 2, del artículo 5 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Pública, “la I. Municipalidad de Baños de Agua Santa, debe establecer el cobro del impuesto a las utilidades y plusvalía en base a toda transferencia de dominio que se efectúe sobre un inmueble urbano”.

El Código Tributario en el artículo 15 establece que, la obligación tributaria es el vínculo jurídico personal, existente entre el Estado o las entidades acreedoras

de tributos y los contribuyentes o responsables de aquellos, en virtud de la cual debe satisfacerse una prestación en dinero, especies o servicios apreciables en dinero, al verificarse el hecho generador previsto por la ley.

Respecto al hecho generador, el artículo 16 del mencionado Código dispone: “Se entiende por hecho generador al presupuesto establecido por la ley para configurar cada tributo”.

En relación con la obligación tributaria, el artículo 18 del referido Código, determina que la obligación tributaria “nace cuando se realiza el presupuesto establecido por la ley para configurar el tributo”.

En relación con el sujeto pasivo, el artículo 24 del indicado Código expresa:

“Sujeto pasivo.- Es sujeto pasivo la persona natural o jurídica que, según la ley, está obligada al cumplimiento de la prestación tributaria, sea como contribuyente o como responsable.

Se considerarán también sujetos pasivos, las herencias yacentes, las comunidades de bienes y las demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio independiente de los de sus miembros, susceptible de imposición, siempre que así se establezca en la ley tributaria respectiva”.

De las normas citadas se desprende, que los elementos básicos de la obligación tributaria son el sujeto activo como ente acreedor del tributo, el sujeto pasivo obligado al pago del tributo, y el hecho generador o hecho imponible; esto es, el presupuesto legal que al producirse, da nacimiento a la obligación tributaria.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización en el artículo 556 dispone:

“Impuesto por utilidades y plusvalía.- Se establece el impuesto del diez por ciento (10%) sobre las utilidades y plusvalía que provengan de la transferencia de inmuebles urbanos, porcentaje que se podrá modificar mediante ordenanza. Sin embargo, si un contribuyente sujeto al pago del impuesto a la renta tuviere mayor derecho a deducción por esos conceptos del que efectivamente haya podido obtener en la liquidación de ese tributo, podrá pedir que la diferencia que

no haya alcanzado a deducirse en la liquidación correspondiente del impuesto a la renta, se tenga en cuenta para el pago del impuesto establecido en este artículo”.

El artículo 558 del citado Código Orgánico establece:

“Sujetos pasivos.- Son sujetos de la obligación tributaria a la que se refiere este capítulo, los que como dueños de los predios, los vendieren obteniendo la utilidad imponible y por consiguiente real, los adquirentes hasta el valor principal del impuesto que no se hubiere pagado al momento en que se efectuó la venta.

El comprador que estuviere en el caso de pagar el impuesto que debe el vendedor, tendrá derecho a requerir a la municipalidad que inicie la coactiva para el pago del impuesto por él satisfecho y le sea reintegrado el valor correspondiente.

No habrá lugar al ejercicio de este derecho si quien pagó el impuesto hubiere aceptado contractualmente esa obligación.

Para los casos de transferencia de dominio el impuesto gravará solidariamente a las partes contratantes o a todos los herederos o sucesores en el derecho, cuando se trate de herencia, legados o donaciones.

En caso de duda u oscuridad en la determinación del sujeto pasivo de la obligación, se estará a lo que dispone el Código Tributario”.

Como deducciones al impuesto a la utilidad y plusvalía, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, ha previsto lo siguiente:

“Art. 557.- Deducciones.- Para el cálculo del impuesto determinado en el artículo anterior, las municipalidades deducirán de las utilidades los valores pagados por concepto de contribuciones especiales de mejoras.

Art. 559.- Deducciones adicionales.- Además de las deducciones que hayan de efectuarse por mejoras y costo de adquisición, en el caso de donaciones será el avalúo de la propiedad en la época de adquisición, y otros elementos deducibles conforme a lo que se establezca en el respectivo reglamento, se deducirá:

- a) El cinco por ciento (5%) de las utilidades líquidas por cada año que haya transcurrido a partir del momento de la adquisición hasta la venta, sin que en ningún caso, el impuesto al que se refiere esta sección pueda cobrarse una vez transcurridos veinte años a partir de la adquisición; y,
- b) La desvalorización de la moneda, según informe al respecto del Banco Central”.

De otra parte, cabe tener presente que el artículo 561 del mencionado Código Orgánico, dispone que las inversiones, programas y proyectos realizados por el sector público que generen plusvalía, deberán ser consideradas en la revalorización bianual del valor catastral de los inmuebles. Agrega, que al tratarse de la plusvalía por obras de infraestructura “el impuesto será satisfecho por los dueños de los predios beneficiarios, o en su defecto por los usufructuarios, fideicomisarios o sucesores en el derecho, al tratarse de herencias, legados o donaciones conforme a las ordenanzas respectivas”.

Respecto a la “transferencia de inmuebles urbanos” mencionada por el artículo 556 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, cabe analizar cuándo se perfecciona la transferencia de dominio, considerando que el ordenamiento jurídico ecuatoriano distingue el título y el modo.

Así, el Código Civil en el artículo 686 establece que la “tradición” es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo, por una parte, la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra, la capacidad e intención de adquirirlo.

Según el artículo 687 del Código Civil, se llama tradente la persona que por la tradición transfiere el dominio de la cosa entregada por él a su nombre y adquirente la persona que por la tradición adquiere el dominio de la cosa recibida por él o a su nombre.

De acuerdo con el artículo 691 del Código Civil, para que valga la tradición se requiere un título translativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.

Conforme al artículo 695 del indicado Código Civil, si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere sin ellas el dominio.

De conformidad con el artículo 702 del referido Código Civil, se efectúa la tradición del dominio de bienes raíces por la inscripción del título en el libro correspondiente del Registro de la Propiedad.

De las normas del Código Civil que anteceden, se desprende que la “tradición” constituye un modo de adquirir el dominio, y ésta puede originarse en distintos títulos.

En consecuencia, el hecho generador del impuesto a las utilidades y plusvalía, previsto en el artículo 556 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se produce cuando se perfecciona la transferencia de dominio del bien inmueble a título oneroso, obteniendo una utilidad imponible y por consiguiente real; es decir, cuando se produce la tradición mediante la inscripción del título translativo de dominio en el libro correspondiente del Registro de la Propiedad, de conformidad con el artículo 558 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

Respecto del “título”, el doctor Juan Larrea Holguín, en su Diccionario del Derecho Civil Ecuatoriano, Edición 2006 (pág. 448) expresa: “TÍTULO Fundamento jurídico de un derecho. Causa remota para la existencia, conservación o transferencia de un derecho”; en relación con el término oneroso (pág. 336), dice: “ONEROSO 1. Derecho adquirido mediante un pago, costo, obligación, carga u otra entrega que supone alguna disminución del patrimonio de quien adquiere dicho derecho. 2. Título de adquisición que implica algún sacrificio económico. Lo contrario del título gratuito, en el cual toda la ventaja es para el adquirente”; y, respecto del término “gratuito” (pág. 205), manifiesta: “GRATUITO Contrato o servicio que beneficia solamente a una parte, a quien recibe, sin carga equivalente. Es lo contrario de oneroso”.

En cuanto a la acepción “título oneroso”, el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, 25ª Edición, Tomo VIII (pág. 107) expresa: “TÍTULO ONEROSO. La causa de adquisición de cosas o derechos a cambio de una equivalencia económicojurídica; como en la compra (precio por cosa)”; y, respecto del “título gratuito” (pág. 105): “TÍTULO GRATUITO. Causa jurídica por la que se adquiere algo sin contraprestación alguna; cual sucede con la donación y el legado”.

En relación con el término “utilidad”, el mencionado Diccionario, en el Tomo VIII (pág. 291) expresa lo siguiente: “UTILIDAD. Provecho material. II Beneficio de cualquier índole. II Ventaja. II Interés, rédito. II Fruto”; y respecto de la acepción

“imponible”, el referido Diccionario, en el Tomo IV (pág. 349), dice: “IMPONIBLE. Susceptible de ser gravado con impuesto o contribución”.

Respecto del fideicomiso, mencionado en su consulta, debo indicarle que el inciso segundo del artículo 536 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, determina que están exonerados del pago de todo impuesto tasa o contribución provincial o municipal, “inclusive el impuesto de plusvalía, las transferencias de dominio de bienes inmuebles que se efectúen con el objeto de constituir un fideicomiso mercantil”.

La Ley de Mercado de Valores en el inciso primero del artículo 113, establece lo siguiente: “La transferencia a título de fideicomiso mercantil no es onerosa ni gratuita ya que la misma no determina un provecho económico ni para el constituyente ni para el fiduciario y se da como medio necesario para que éste último pueda cumplir con las finalidades determinadas por el constituyente en el contrato. Consecuentemente, la transferencia a título de fideicomiso mercantil está exenta de todo tipo de impuestos, tasas y contribuciones ya que no constituye hecho generador para el nacimiento de obligaciones tributarias ni de impuestos indirectos previstos en las leyes que gravan las transferencias gratuitas y onerosas”.

El inciso segundo del referido artículo 113 dispone: “La transferencia de dominio de bienes inmuebles realizada en favor de un fideicomiso mercantil, está exenta del pago de los impuestos de alcabalas, registro e inscripción y de los correspondientes adicionales a tales impuesto, así como del impuesto a las utilidades en la compraventa de predios urbanos y plusvalía de los mismos.

Las transferencias que haga el fiduciario restituyendo el dominio al mismo constituyente, sea que tal situación se deba la falta de la condición prevista en el contrato, por cualquier situación de caso fortuito o fuerza mayor o por efectos contractuales que determinen que los bienes vuelvan en las mismas condiciones en las que fueron transferidos, gozarán también de las exenciones anteriormente establecidas”.

Consecuentemente, al tenor de los artículos 536 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y 113 de la Ley de Mercado de Valores, no es procedente el cobro del impuesto sobre las utilidades y plusvalía previsto en el artículo 556 del Código Orgánico de Organización

Territorial, Autonomía y Descentralización, a la transferencia de bienes inmuebles a título de fideicomiso mercantil; es decir, la que realiza el constituyente a favor del fideicomiso y la restitución al mismo.

En cuanto a la aportación societaria mencionada en su consulta, la Ley de Compañías en la Sección I “Disposiciones Generales”, artículo 10, expresa que las aportaciones de bienes se entenderán traslativas de dominio. Agrega que, en todo caso de aportación de bienes, el Superintendente de Compañías, antes de aprobar la constitución de la compañía o el aumento de capital, “podrá verificar los avalúos mediante peritos designados por él o por medio de funcionarios de la Institución”.

Respecto a la compañía en nombre colectivo, el artículo 43 inciso segundo de la citada Ley prescribe que si el capital de dicha compañía fuere aportado en obligaciones, valores o bienes, en el contrato social se dejará constancia de ello y de sus avalúos.

En relación con la compañía de responsabilidad limitada, el artículo 104 de la referida Ley dispone que si la aportación fuere en especie, en la escritura respectiva se hará constar el bien en que consista, su valor, la transferencia de dominio en favor de la compañía y las participaciones que correspondan a los socios a cambio de las especies aportadas. Agrega, que éstas “serán avaluadas por los socios o por peritos por ellos designados, y los avalúos incorporados al contrato”.

En cuanto a la compañía anónima, el artículo 162 de la indicada Ley de Compañías prescribe que en los casos en que la aportación no fuere en numerario, en la escritura se hará constar el bien en que consista tal aportación, su valor y la transferencia de dominio que del mismo se haga a la compañía, los cuales serán avaluados. Añade, que: “En la designación de los peritos y en la aprobación de los avalúos no podrán tomar parte los aportantes”.

Respecto de las compañías de economía mixta, el artículo 315 de la mencionada Ley determina que las escrituras de constitución de las compañías de economía mixta, las de transformación, de reforma modificaciones de estatutos, así como los correspondientes registros, “se hallan exonerados de toda clase de impuestos y derechos fiscales, municipales o especiales”.

De las normas de la Ley de Compañías anteriormente citadas, se establece que en los casos de aporte societario de inmuebles, efectivamente existe una transferencia de dominio del inmueble, por la cual el bien deja el patrimonio del socio o accionista aportante para pasar a formar parte del patrimonio de la persona jurídica o compañía y como contraprestación, el socio o accionista recibe acciones o participaciones en la compañía por igual valor que su aporte.

De lo expuesto, se colige que al existir una contraprestación en los términos referidos, el aporte societario constituye un título oneroso.

A efectos de determinar si existe utilidad y plusvalía del aporte societario, se debe considerar la diferencia entre el valor por el cual el socio o accionista aportante adquirió el bien inmueble (de conformidad con el título por el cual adquirió el bien el socio o accionista) y el valor por el cual se efectúa el aporte a la sociedad o compañía. Si no existe diferencia, no cabe el cobro del impuesto a la utilidad y plusvalía, pero si existe diferencia entre el valor de adquisición por parte del socio o accionista y el monto del aporte societario, sí procede el pago por concepto de impuesto a la utilidad y plusvalía. A la diferencia obtenida conforme se ha señalado, deben aplicarse las deducciones previstas en los artículos 557 y 559 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, referidas a valores pagados por concepto de contribuciones especiales de mejoras; al cinco por ciento (5%) de las utilidades líquidas por cada año que haya transcurrido a partir del momento de la adquisición hasta la transferencia, sin que en ningún caso, el impuesto pueda cobrarse una vez transcurridos veinte años a partir de la adquisición; y, la deducción por la desvalorización de la moneda, según informe al respecto del Banco Central.

El mismo concepto cabe considerar para el pago del impuesto a la utilidad y plusvalía derivado de los demás títulos onerosos, como la compraventa o permuta.

Con fundamento en lo expuesto, se concluye que la Municipalidad del Cantón Baños de Agua Santa debe efectuar el cobro sobre las utilidades y plusvalía previsto en el artículo 556 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, únicamente al traspaso o transferencia de dominio a título oneroso de bienes inmuebles urbanos, cuyos dueños “los vendieren obteniendo la utilidad imponible y por consiguiente real”, conforme a lo dispuesto en el artículo 558 del mismo Código Orgánico.

Respecto al inciso tercero del artículo 558 del mencionado Código Orgánico, el cual prescribe que para los casos de transferencia de dominio “el impuesto gravará solidariamente a las partes contratantes o a todos los herederos o sucesores en el derecho, cuando se trate de herencia, legados o donaciones”, hay que aclarar que la norma se refiere a la solidaridad dispuesta en la ley para las partes contratantes, o a todos los herederos, legatarios o donatarios de dicha parte contratante, en el caso de que el principal obligado no cumpla con el pago. Es decir que, no debemos entender que la norma se refiere a la imposición del impuesto sobre las transferencias a título gratuito.

Al respecto, en cuanto a la transferencia o transmisión de bienes inmuebles provenientes de las herencias, legados o donaciones, dicha transmisión o transferencia es a título gratuito y, por lo tanto, no genera utilidades al causante o donante. Sin embargo, por cuanto conlleva un incremento patrimonial del heredero, legatario o donatario, se deberá tener en cuenta lo que dispone la Ley de Régimen Tributario Interno que en el artículo 36 letra d), determina el pago del impuesto por ingresos o acrecimiento patrimonial proveniente de las herencias, legados o donaciones de dicha parte contratante, especificando además lo siguiente:

“En el caso de herencias y legados el hecho generador lo constituye la delación. La exigibilidad de la obligación se produce al cabo de seis meses posteriores a la delación, momento en el cual deberá presentarse la declaración correspondiente.

En el caso de donaciones el acto o contrato por el cual se transfiere el dominio constituye el hecho generador”.

Según el artículo 998 del Código Civil, la delación de una asignación es el actual llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla.

De acuerdo con el artículo 54 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, son objeto del impuesto a la renta los acrecimientos patrimoniales de personas naturales o sociedades provenientes de herencias, legados y donaciones. Agrega, que este impuesto “grava el acrecimiento patrimonial motivado por la transmisión de dominio y la transferencia a título gratuito de bienes y derechos situados en el Ecuador, cualquiera que fuere el lugar de fallecimiento del causante o la nacionalidad, domicilio o residencia del causante o donante o sus herederos, legatarios o donatarios”.

Conforme al artículo 55 del citado Reglamento, para efectos tributarios, “el hecho generador se produce en el momento en que fallece la persona de cuya sucesión de defiere al heredero o legatario”, si éste no es llamado condicionalmente; y para el caso de donaciones, “el hecho generador será el otorgamiento de actos o contratos que determinen la transferencia a título gratuito de un bien o derecho”.

Según el artículo 56 del mencionado Reglamento, son sujetos pasivos del impuesto, “los herederos, legatarios y donatarios que obtengan un acrecimiento patrimonial a título gratuito”.

Por lo expuesto, en virtud de que la transmisión o transferencia a título gratuito de bienes inmuebles provenientes de las herencias, legados y donaciones no genera utilidad o plusvalía del causante o el donante, sino acrecimiento patrimonial de quienes los reciben o son beneficiarios en calidad de herederos, legatarios o donatarios, se concluye que la transmisión o transferencia de bienes inmuebles a título gratuito no está sujeta al pago del impuesto sobre las utilidades y plusvalía previsto en el artículo 556 del Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Autonomía y Descentralización, sino al pago del impuesto sobre los ingresos o el incremento patrimonial proveniente de las herencias, legados o donaciones previsto en el artículo 36 letra d) de la Ley de Régimen Tributario Interno y los artículos 54 y siguientes de su Reglamento de aplicación.

Como consecuencia de lo expuesto, corresponderá al Concejo Municipal del Cantón Baños, en ejercicio de la facultad conferida en la letra b) del artículo 57 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, expedir la Ordenanza que regule el impuesto sobre las utilidades y plusvalía previsto en el artículo 556 del dicho Código Orgánico, únicamente a la transferencia de bienes inmuebles urbanos a título oneroso, considerando además las deducciones dispuestas en los artículos 557 y 559 del referido Código Orgánico.

OF. PGE. N°: 01850, de 18-05-2011

**JUBILACIÓN: MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS
QUE NO GOZAN DE PENSIÓN DE RETIRO –REINGRESO-**

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE COORDINACIÓN DE SEGURIDAD

CONSULTA:

“¿Si los servidores públicos que laboran en el Ministerio de Coordinación de Seguridad y que fueran miembros de las Fuerzas Armadas, al no haber percibido ningún beneficio de jubilación del que expresamente dispone el artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, o cualquier beneficio por jubilación que hayan recibido por parte del Estado en cualquier momento, tendrían o no derecho a percibir el beneficio de jubilación que dispone el artículo 129 de la LOSEP?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 160 inc. segundo, 170, 181 num. 13 y 229.

Ley Orgánica de Servicio Público Arts. 3, 4, 23, 47, 81, 128, 129 y Disp. Gen. Primera.

Código Civil Art. 18 num. 1.

Ley de Seguridad Social Arts. 184, 185, 186 y 188.

Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Arts. 21 y 24

Ley de Seguridad Pública y del Estado Disp. Trans. Segunda

Ley de Seguridad Pública Art. 15 (derogada).

Res. N° C.D. 100 R.O. N° 225 Art. 11.

PRONUNCIAMIENTO:

En su oficio manifiesta que la derogada Ley de Seguridad Pública, en el artículo 15 facultaba a los organismos de trabajo del Consejo de Seguridad Nacional para que se integren con personal civil y militar especializado y previamente calificado, situación que permitió que varios militares en servicio pasivo pudieran enrolarse a la carrera administrativa.

Manifiesta en su oficio que con la promulgación de la Ley de Seguridad Pública y del Estado, en su Disposición Transitoria Segunda se dispuso que los servidores públicos que venían prestando sus servicios en la Secretaría General del COSENA, bajo nombramiento o contrato, previo a un proceso de evaluación, calificación y selección de acuerdo a los requerimientos y aplicación de los fines de esa Ley, pasen a formar parte del Ministerio de Coordinación de Seguridad o quien haga sus veces. Añade, que la aplicación de la referida disposición significó que militares en servicio pasivo sean seleccionados y pasen a formar parte del Ministerio de Coordinación de Seguridad.

De manera previa a atender su requerimiento, mediante oficio No. 340 de 8 de febrero de 2011, esta Procuraduría solicitó a usted se sirva remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado por parte del Asesor Jurídico del Ministerio que usted representa, así como copias certificadas del oficio No. MRL-AGRH-2011-0000813 de 19 de enero de 2011, suscrito por el señor Roberto Celi Timpe, Subsecretario Técnico de Fortalecimiento del Ministerio de Relaciones Laborales; oficio No. 110027-ISSFA-e2 de 26 de enero de 2011, suscrito por el Director de Seguros Previsionales del ISSFA; así como, toda la documentación relacionada con la consulta. Dichos requerimientos fueron atendidos por el Secretario Técnico del Ministerio de Coordinación de Seguridad, en oficio No. MICS-ST-2011-0074 000437 de 15 de febrero de 2011, ingresado en esta Institución el 16 de febrero del presente año.

En el memorando No. MICS-DAJ-2011-0060 de 8 de febrero de 2011, el Director de Asesoría Jurídica del Ministerio de Coordinación de Seguridad, manifiesta que conforme al artículo 21 de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, el “Seguro de Retiro” es la prestación que consiste en el pago de una pensión vitalicia al asegurado que se separa del servicio activo de las Fuerzas Armadas, beneficio que se lo otorga mes a mes, siendo calculado en base a los descuentos de su sueldo imponible. Agrega que ello se demuestra “que la prestación entregada a los militares por concepto de pensión por retiro del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, tienen dos características básicas, la primera que su otorgamiento es periódico y la segunda que (se) financia de aportaciones propias, concepto que difiere del ‘beneficio por jubilación’, que tiene carácter excepcional, pues se lo entrega por una sola vez, así como que, su determinación no depende de las aportaciones”.

Concluye el Director de Asesoría Jurídica expresando que por los antecedentes expuestos, “no se habría otorgado con anterioridad a los ex miembros de las Fuerzas Armadas un beneficio similar al concepto establecido en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público; y por tanto, a criterio de esta Dirección, sí sería procedente”.

En el oficio No. MRL-AGRH-2011 0000813 de 19 de enero de 2011, remitido a pedido de esta Procuraduría, el señor Roberto Celi Timpe, MBA, Subsecretario Técnico de Fortalecimiento del Ministerio de Relaciones Laborales manifiesta que en caso de que un servidor requiera acceder al beneficio económico

contemplado en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, deberá cumplir con el requisito en cuanto a los años de edad determinado en el artículo 81, así como los requisitos establecidos en la Ley de Seguridad Social para el efecto. Agrega, que el proceso de jubilación constará dentro de la planificación del recurso humano, mismo que obedecerá a la disponibilidad presupuestaria con la que cuenta la institución; y que, para el pago del mencionado beneficio de jubilación, se tomará en cuenta todos los años laborados en el sector público, considerando que el jubilado que ya hubiere recibido este beneficio no podrá acceder a éste nuevamente. Concluye el Subsecretario Técnico expresando que por tanto “el personal de las Fuerzas Armadas, está exento de la aplicación del artículo 129; adicionalmente, si dicho personal, recibe un valor por concepto de pensión por retiro del ISSFA, no le asiste el derecho de acceder al beneficio de la jubilación contemplado en el artículo 129 y regulado por el artículo 81, de la Ley Orgánica del Servicio Público, en virtud de que no se puede otorgar doble beneficio por el mismo concepto”.

La Constitución de la República en el artículo 160 inciso segundo establece lo siguiente: “Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional estarán sujetos a las leyes específicas que regulen sus derechos y obligaciones, y su sistema de ascensos y promociones con base en méritos y con criterios de equidad de género”.

La referida Carta Constitucional en el inciso primero del artículo 229, prescribe: “Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público”.

La Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, en el artículo 21 señala que el “Seguro de Retiro es la prestación que consiste en el pago de una pensión vitalicia al asegurado que se separa del servicio activo de las Fuerzas Armadas mediante la baja, que acredita un mínimo de veinte años de servicio activo y efectivo en la Institución y cumpla con los requisitos establecidos en la Ley”. En su artículo 24, dispone que, cuando el militar se separe del servicio activo, sin haber alcanzado derecho a la pensión de retiro, “el IESS habilitará como tiempo de afiliación en este Instituto, el tiempo de servicio militar, de conformidad con las normas y procedimientos de su legislación”.

La Ley Orgánica del Servicio Público, en el artículo 4 expresa que serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

El artículo 3 inciso cuarto de la mencionada Ley Orgánica, señala que de conformidad con lo establecido en los artículos 160, 170 y 181 numeral 3 de la Constitución de la República, “los miembros activos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional y el personal de carrera judicial se registrarán en lo previsto en dichas disposiciones por sus leyes específicas y subsidiariamente por esta ley en lo que fuere aplicable”.

Para analizar su consulta es pertinente considerar que el artículo 23 de la Ley Orgánica del Servicio Público, reconoce como derechos de los servidores públicos, entre otros: “c) Gozar de prestaciones legales y de jubilación de conformidad con la Ley; ... e) Recibir indemnización por supresión de puestos o partidas, o por retiro voluntario para acogerse a jubilación, por el monto fijado en esta Ley”.

El artículo 128 de la misma Ley, reitera que los servidores públicos “podrán acogerse a la jubilación definitiva cuando hayan cumplido los requisitos de jubilación que establezcan las Leyes de Seguridad Social”.

Por otro lado, el artículo 47 de la Ley Orgánica del Servicio Público, incluye entre las causas de cesación definitiva de los servidores públicos, las siguientes: “i) Por acogerse a los planes de retiro voluntario con indemnización; j) Por acogerse al retiro por jubilación”.

Por su parte, el artículo 184 de la Ley de Seguridad Social, clasifica a la jubilación, según la contingencia que la determine en: a. Jubilación ordinaria de vejez; b. Jubilación por invalidez; y, c. Jubilación por edad avanzada.

Con respecto a la jubilación ordinaria por vejez, el artículo 185 de la Ley de Seguridad Social, establece los requisitos que se deben acreditar para acceder a dicha prestación, que son los siguientes: que el afiliado haya cumplido 60 años de edad, un mínimo de 360 imposiciones mensuales; o, un mínimo de 480 imposiciones mensuales sin límite de edad.

Los requisitos para acceder a la jubilación por invalidez se establecen en el artículo 186 *ibídem*; y, el artículo 188 de la misma Ley de Seguridad Social establece como requisitos para acreditar derecho a la jubilación por edad avanzada, los siguientes: que el asegurado hubiera cumplido 70 años de edad y un mínimo de 120 impositiciones mensuales; o, que hubiere cumplido 65 años de edad, registre un mínimo de 180 impositiciones mensuales y demuestre que ha permanecido cesante durante 120 días consecutivos, por lo menos, a la fecha de presentación de la solicitud de jubilación.

El Consejo Directivo del IESS, mediante Resolución No. C.D. 100, publicada en el Registro Oficial No. 225 de 9 de marzo de 2006, expidió el “Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte” y estableció en el artículo 11 que el afiliado al IESS del Régimen de Transición tendrá derecho a la jubilación por vejez cuando cumpla una de las siguientes condiciones:

- “a) Sesenta (60) o más años de edad y acreditare por lo menos trescientas sesenta (360) impositiciones mensuales;
- b) Sesenta y cinco (65) o más años de edad, siempre que registre un mínimo de ciento ochenta (180) impositiciones mensuales;
- c) Setenta (70) o más años de edad, siempre que registre un mínimo de ciento veinte (120) impositiciones mensuales; y,
- d) Con cualquier edad y acreditare cuatrocientos ochenta (480) impositiciones mensuales o más”.

De las normas hasta aquí citadas se desprende que el derecho que la letra c), del artículo 23 de la Ley Orgánica del Servicio Público reconoce a los servidores públicos para gozar de jubilación, está supeditado a que se cumplan los requisitos establecidos por la Ley de Seguridad para cada clase de jubilación, según la contingencia que determine esa prestación, es distinto del derecho que establece la letra e), del mismo artículo 23 de la LOSEP de percibir la indemnización, compensación o beneficio por retiro voluntario para acogerse a jubilación, establecido como un estímulo para que el servidor se retire del servicio público.

En cuanto se refiere específicamente al beneficio por jubilación sobre el que trata su consulta, el artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, ubicado en el título VI, que regula la carrera del servicio público, en sus incisos cuarto, quinto y sexto, dispone:

“Art. 81.-...Las servidoras y servidores de las instituciones señaladas en el artículo 3 de esta ley, cumplidos los sesenta y cinco (65) años de edad, habrán llegado al tope máximo de su carrera en el servicio público, independientemente del grado en el cual se encuentren ubicados, sin que puedan ascender.

A las servidoras y servidores que, a partir de dicha edad, cumplan los requisitos establecidos en las leyes de la seguridad social para la jubilación y requieran retirarse voluntariamente del servicio público, se les podrá aceptar su petición y se les reconocerá un estímulo y compensación económica, de conformidad con lo determinado en la Disposición General Primera.

Las servidoras y servidores, a los setenta (70) años de edad, que cumplan los requisitos establecidos en las leyes de la seguridad social para la jubilación, obligatoriamente tendrán que retirarse del servicio público y cesarán en su puesto. Percibirán una compensación conforme a la Disposición General Primera.”.

La Disposición General Primera de la Ley Orgánica del Servicio Público, a la que se remite en forma expresa el artículo 81 de esa Ley, establece que: “El monto de la indemnización, por supresión de partidas del personal de las instituciones, entidades y organismos determinados en el artículo 3 de esta ley, será igual al indicado en el artículo 129 de esta ley...”. La supresión de partidas que regula esta norma, es una materia distinta de aquella sobre la que trata su consulta.

Finalmente, el artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, ubicado en Libro I, Capítulo 2 de esa Ley, que regula el régimen de remuneraciones e ingresos complementarios de los servidores públicos, establece únicamente la cuantía de beneficio por jubilación, en los siguientes términos:

“Art. 129.- Beneficio por jubilación.- Las y los servidoras o servidores, de las entidades y organismos comprendidos en el artículo 3 de esta ley, que se acojan a los beneficios de la jubilación, tendrán derecho a recibir por una sola vez cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio contados a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, para cuyo

efecto, se efectuarán las reformas presupuestarias correspondientes en función de la disponibilidad fiscal existente. Se podrá pagar este beneficio con bonos del Estado. Se exceptúan de esta disposición los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

Los jubilados y quienes reciban pensiones de retiro solamente podrán reingresar al sector público en caso de ocupar puestos de libre nombramiento y remoción y aquellos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior, así como puestos de docencia universitaria e investigación científica.

En caso de reingreso al sector público, el jubilado que ya recibió este beneficio, no tendrá derecho a recibirlo nuevamente”.

Las reglas de interpretación de la ley, establecidas en el artículo 18 del Código Civil, determinan que: “1. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu...; 4. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto; 5. Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes...”.

Del tenor literal del artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, antes transcrito que establece las condiciones en que procede reconocer el beneficio por jubilación, se desprende lo siguiente: a) que cumplidos los 65 años edad, el servidor público llega al tope de su carrera y no puede ascender más; b) que a partir de esa edad, 65 años, el servidor público tiene la opción de retirarse voluntariamente y percibir el beneficio por jubilación, o permanecer en funciones hasta cumplir los 70 años de edad establecidos como límite de retiro obligatorio, y percibir el beneficio por jubilación.

Sin embargo, queda claro de la norma en análisis que, el beneficio por jubilación previsto en el Art. 81 de la LOSEP, es un mecanismo establecido como estímulo para motivar al servidor que ha llegado al tope de su carrera, a los 65 años de edad, a acogerse voluntariamente al retiro antes de cumplir la edad límite de

70 años, en que el retiro se torna obligatorio; sin embargo, en los dos casos, el beneficio está supeditado a que el servidor efectivamente cumpla los requisitos establecidos en la Ley de Seguridad Social para acogerse a la jubilación, en concordancia con la Resolución No. C.D. 100, expedida por el Consejo Directivo del IESS; es decir, para el caso previsto en los incisos cuarto y quinto del artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, por lo menos sesenta y cinco años de edad y un mínimo de ciento ochenta imposiciones mensuales y para el caso del inciso sexto del mismo artículo, setenta años de edad y un mínimo de ciento veinte imposiciones mensuales.

Se entiende que las normas de la Ley Orgánica del Servicio Público, relacionadas con derecho al beneficio de la jubilación, se refieren únicamente a los años prestados por el servidor dentro del servicio público; por lo que solo podrían considerarse los años en la carrera militar, para efectos del pago de la compensación por jubilación prevista en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, en el caso de los militares que se hubieren separado del servicio activo sin haber alcanzado derecho a la pensión de retiro y que hubieran habilitado dicho tiempo de servicio en el IESS, conforme lo prevé expresamente el artículo 24 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, que dispone que “Cuando el militar se separe del servicio activo, sin haber alcanzado derecho a la pensión de retiro, el IESS habilitará como tiempo de afiliación en este Instituto, el tiempo de servicio militar, de conformidad con las normas y procedimientos de su legislación”. Por lo tanto, a los militares que perciban pensión de retiro, no se les otorga el derecho para habilitar el tiempo de servicio activo en la carrera militar y sumarlos a los desempeñados como servidores públicos, para acceder al beneficio del artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

Por lo expuesto, de conformidad con lo prescrito en el Art. 81 en concordancia con el Art. 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, y en atención a la disposición del Art. 24 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, se concluye que los servidores públicos que laboran en el Ministerio de Coordinación de Seguridad, que fueron miembros de las Fuerzas Armadas y que no gozan de pensión de retiro de las Fuerzas Armadas, podrían ser beneficiarios de la compensación por jubilación prevista en el referido artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, como servidores de carrera en el servicio público, siempre que hayan cumplido 65 años de edad y requieran retirarse voluntariamente del servicio público. Cumplidos los 70 años de edad, obligatoriamente tendrán que retirarse

del servicio público y recibir el estímulo previsto en el Art. 129 de la mencionada Ley Orgánica.

En los dos casos, anteriormente citados, el reconocimiento del estímulo y compensación económica está supeditado a que el servidor cumpla con los requisitos establecidos en la Ley de Seguridad Social para acogerse a la jubilación, en concordancia con la Resolución No. C.D. 100, expedida por el Consejo Directivo del IESS; es decir, para el caso previsto en los incisos cuarto y quinto del artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, por lo menos sesenta y cinco años de edad y un mínimo de ciento ochenta imposiciones mensuales y para el caso del inciso sexto del mismo artículo, setenta años de edad y un mínimo de ciento veinte imposiciones mensuales.

Se deberá tomar en cuenta además, a partir de la vigencia de la Ley Orgánica del Servicio Público y conforme a su artículo 129, quienes perciban pensiones de retiro pueden reingresar al sector público solamente a ocupar puestos de libre nombramiento y remoción y aquellos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior, así como ejercer la docencia universitaria e investigación científica.

OF. PGE. N°: 00989, de 21-03-2011

JUBILACIÓN OBLIGATORIA: EXCLUSIÓN FUNCIONARIOS DEL NIVEL JERARQUICO SUPERIOR

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN DAULE

CONSULTA:

“¿Está obligado a retirarse del servicio público y cesar en su puesto el Secretario Municipal que tiene más de 70 años de edad y que cumple con los requisitos establecidos en las leyes de la seguridad social para la jubilación?”.

BASES LEGALES:

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 57 lit. p), 317, 354 y 357.

Ley Orgánica de Servicio Público Arts. 23, 47, 81, 83 lits. a.3 y a.7 , 81, 129 y Disp. Gen. Décima Octava.

PRONUNCIAMIENTO:

En el oficio No. 116-DSM de 7 de febrero del 2011, anexado a su oficio de consulta, el Procurador Síndico de la Municipalidad del Cantón Daule expresa que el artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, el cual establece que las servidoras y servidores público a los setenta 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, “no hace diferencia entre los servidores públicos de carrera y los servidores públicos excluidos de este sistema, por lo que esta disposición es aplicable a todos los servidores públicos, incluido el Secretario de Concejo Cantonal, el cual está excluido de la carrera del servicio público, pero no del cumplimiento de las normas de la LOSEP”. Concluye el Procurador Síndico, manifestando que al no referirse el artículo 81 de la LOSEP en su último párrafo, a los servidores de carrera del servicio público, “la norma que obliga a los servidores a los setenta años de edad, que cumplan con los requisitos establecidos en las leyes de la seguridad social para la jubilación, a retirarse del servicio público y cesar en su puesto, es plenamente aplicable al Secretario Municipal que cumpla con estos requisitos”.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en el artículo 57 letra p) establece que corresponde al concejo municipal designar, de fuera de su seno, al secretario o secretaria del concejo, de la terna presentada por el alcalde o alcaldesa.

Concordante con lo expuesto, el artículo 317 del citado Código Orgánico referido a la sesión inaugural, dispone que los consejos regionales, consejos provinciales, concejos metropolitanos y municipales procederán a elegir de fuera de su seno, al secretario del concejo de una terna presentada por el ejecutivo del respectivo gobierno autónomo. En su artículo 357 determina asimismo, que los órganos legislativos de los gobiernos regionales, provinciales metropolitanos y municipales, según sus atribuciones, designarán de fuera de su seno, un secretario o secretaria, de una terna presentada por el respectivo ejecutivo, responsable de dar fe de las decisiones y resoluciones que adopten los órganos de legislación de cada nivel de gobierno, y que de preferencia será abogada o abogado de profesión.

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

La Ley Orgánica del Servicio Público, en el artículo 3, establece que sus disposiciones son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública, que comprende, entre otras: "...2.. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales".

El artículo 23 de la mencionada Ley Orgánica determina que son derechos irrenunciables de los servidores públicos: "...e) Recibir la indemnización por supresión de puestos o partidas, o por retiro voluntario para acogerse a la jubilación, p or el monto fijado en esta Ley".

Respecto a la cesación de funciones, el artículo 47 de la citada Ley Orgánica dispone que la servidora o servidor público cesará definitivamente, entre otros casos: "... e) Por remoción, tratándose de los servidores de libre nombramiento y remoción, de período fijo, en caso de cesación del nombramiento provisional y por falta de requisitos o trámite adecuado para ocupar el puesto. La remoción no constituye sanción".

La referida Ley Orgánica, en su artículo 81 incisos primero, cuarto, quinto y sexto, dispone lo siguiente:

"Se establece dentro del sector público, la carrera del servicio público, con el fin de obtener eficiencia en la función pública, mediante la implantación del sistema de méritos y oposición que garantice la estabilidad de los servidores idóneos. Conforme lo dispuesto en la Constitución de la República, el régimen de libre nombramiento y remoción tendrá carácter de excepcional.

Las servidoras y servidores de las instituciones señaladas en el artículo 3 de esta ley, cumplidos los sesenta y cinco (65) años de edad, habrán llegado al tope máximo de su carrera en el servicio público, independientemente del grado en el cual se encuentren ubicados, sin que puedan ascender.

A las servidoras y servidores que, a partir de dicha edad, cumplan los requisitos establecidos en las leyes de la seguridad social para la jubilación y requieran retirarse voluntariamente del servicio público, se les podrá aceptar su petición y se les reconocerá un estímulo y compensación económica, de conformidad con lo determinado en la Disposición General Primera.

Las servidoras y servidores, a los setenta (70) años de edad, que cumplan los

requisitos establecidos en las leyes de la seguridad social para la jubilación, obligatoriamente tendrán que retirarse del servicio público y cesaran en su puesto. Percibirán una compensación conforme a la Disposición General Primera”.

Del contenido del artículo 81 antes referido, se desprende que el estímulo o compensación ahí señalado, es aplicable únicamente a los servidores públicos de carrera, mas no a los funcionarios excluidos del sistema de carrera, como es el caso del Secretario Municipal designado mediante terna por el Concejo Municipal, materia de su consulta.

Concordante con lo expuesto, el artículo 83 de la indicada Ley Orgánica del Servicio Público, excluye del sistema de carrera del servicio público, entre otros: “a) Quienes tienen a su cargo la dirección política y administrativa del Estado: ... a.3 Las o los secretarios y subsecretarios comprendidos en el nivel jerárquico superior;...a.7 Las o los secretarios generales y prosecretarios”. En su inciso tercero determina lo siguiente: “La servidora o servidor de carrera que de cualquier modo o circunstancia ocupare uno de los puestos previstos en los literales a) y b) de este artículo, perderá su condición de carrera y podrá ser libremente removido, salvo que se desempeñe por encargo, subrogación o nombramiento provisional”.

Cabe resaltar además, que la Disposición General Décima Octava de la indicada Ley Orgánica, al referirse al concepto “Funcionario” expresa lo siguiente: “Es la servidora o servidor que ejerce un puesto, excluido de la carrera del servicio público, de libre nombramiento y remoción por parte de la autoridad nominadora o de período fijo, y su puesto se encuentra dentro de los grupos ocupacionales de la escala de remuneraciones mensuales unificadas del nivel jerárquico superior”. El beneficio por jubilación previsto en el artículo 129 de la mencionada Ley Orgánica, establece 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, para cuyo efecto, se efectuarán las reforma presupuestarias correspondientes en función de la disponibilidad fiscal existente. El inciso segundo del mismo artículo dispone 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”.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta que conforme al artículo 83 letras a.3 y a.7 y la Disposición General Décima Octava de la Ley Orgánica del Servicio Público, están excluidos del sistema de carrera del servicio público, entre otros quienes tienen a su cargo la dirección política y administrativa del Estado y, entre ellos, las o los secretarios comprendidos en el nivel jerárquico superior y las o los secretarios generales; y, que el estímulo o compensación previsto en el artículo 81 de la mencionada Ley Orgánica, es aplicable únicamente a las o los servidores públicos de carrera, se concluye que el Secretario Municipal del Cantón Daule, que según indica en su consulta tiene más de setenta años de edad y cumple con los requisitos de las leyes de la seguridad social para la jubilación, no está obligado a retirarse del servicio público y no es beneficiario de la compensación de jubilación contemplada en el artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público antes referido.

OF. PGE. N°: 01122, de 29-03-2011

JUBILACIÓN VOLUNTARIA: TRABAJADOR QUE LABORÓ A MEDIO TIEMPO

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN PÍLLARO

CONSULTAS:

1. “¿Puede un trabajador que laboró únicamente a medio tiempo recibir valor alguno por concepto de jubilación voluntaria?”.

2. “¿Puede la municipalidad fundamentándose en su autonomía, pagar tres salarios mínimos vitales (sic) por concepto de estímulo para la jubilación voluntaria, al encontrarse vigente la Reforma a la Ordenanza que establece el régimen de estímulos para la jubilación voluntaria de las empleadas/ empleados y trabajadoras/ trabajadores de la Ilustre Municipalidad de Santiago de Pillaro?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 237 num. 3 y 425.

Ley Orgánica de Servicio Público Arts. 3, 81 inc. quinto, 129 y Disp. Gen. Primera; y, 288 y 289 de su Reglamento.

Ley Orgánica de la Función Legislativa Disp. Especial Cuarta.

Codificación del Código del Trabajo Art. 542.

Mandato Constituyente N° 2 Arts. 6 y 8.

LOSCCA Art. 133 (derogada).

Ordenanza que establece el régimen de estímulos para la jubilación voluntaria de las empleadas/los empleados y trabajadoras/trabajadores de la Ilustre Municipalidad de Santiago de Píllaro Arts. 5 y 133.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. La Procuraduría General del Estado mediante oficio No. 00451 de 15 de febrero de 2011 se abstuvo de atender su primera consulta, de conformidad con el numeral 3 del Art. 237 de la Constitución de la República que faculta al Procurador General del Estado absolver las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos; y en cumplimiento del numeral 1 del Art. 542 de la Codificación del Código del Trabajo que atribuye a los Directores Regionales del Trabajo, la facultad de absolver las consultas de las autoridades y funcionarios del trabajo de las empresas y trabajadores de su jurisdicción en todo lo que se relacione a las leyes y reglamentos del trabajo.

2. Con el oficio No. 0175 de 17 de marzo de 2011, en contestación a mi oficio No. 00451 de 15 de febrero de 2011, se adjunta el oficio No. AJ- 11- 003 de 16 de marzo de 2011, que contiene el criterio jurídico del Procurador Síndico Municipal. En el cual se expresa: “Al ser publicada la Ley Orgánica del Servicio Público, los y las empleadas municipales, que se encuentran bajo el amparo de esta norma, quedan excluidos de la ordenanza municipal, siendo ésta efectiva únicamente para los y las trabajadoras municipales”.

El Procurador Síndico, concluye manifestando en su informe lo siguiente: “ Al existir la regulación expresa, como es la Reforma a la Ordenanza que establece el régimen de estímulos para la jubilación voluntaria de las empleadas/ empleados y trabajadoras/trabajadores de la Ilustre Municipalidad de Santiago de Píllaro, en la misma que se establece que se pagará como estímulo a la jubilación voluntaria la cantidad de tres salarios básicos unificados del trabajador privado; la municipalidad ejerciendo su autonomía y ciñéndose al mandato constitucional que nos obliga a hacer únicamente lo que se encuentra escrito, puede pagar los estímulos para jubilaciones voluntarias de sus trabajadores”.

Adicionalmente, al oficio No. 0175 de 17 de marzo de 2011 se anexa el memorando No. 012 de 25 de febrero de 2011, suscrito por la Secretaria de esa Municipalidad, quien certifica lo siguiente:

“Que no existe la Ordenanza que establece el Régimen de estímulos para la Jubilación Voluntaria de las Empleadas/Empleados y Trabajadores/ Trabajadores (sic) de la Ilustre Municipalidad de Santiago de Píllaro; teniendo como referencia la Resolución No. 29.4, de la sesión Ordinaria del Ilustre Concejo Municipal de Píllaro efectuada el martes 21 de julio de 2009, la misma que me permito adjuntar una copia simple.

No así la Reforma a la Ordenanza que establece el régimen de estímulos para la jubilación voluntaria de las empleadas/los empleados y trabajadoras/trabajadores de la Ilustre Municipalidad de Santiago de Píllaro; que se encuentra publicada en el Registro Oficial No. 274 del miércoles 8 de septiembre de 2010; la misma que adjunto una copia”.

La Resolución No. 29.4 adoptada por el Concejo Cantonal de Píllaro en la sesión ordinaria del martes 21 de julio de 2009, citada por la Secretaria de dicha Municipalidad señala lo siguiente:

“29.4 El Concejo por unanimidad resuelve, que sea la nueva administración quien analice y tome las decisiones adecuadas sobre la Ordenanza que Establece y Regula los Estímulos por años de Servicio y la Jubilación de empleados y trabajadores del I. Municipio del cantón Píllaro”.

La Reforma a la “Ordenanza que establece el régimen de estímulos para la jubilación voluntaria de las empleadas/los empleados y trabajadoras/ trabajadores de la Ilustre Municipalidad de Santiago de Píllaro”, expedida por el Concejo Cantonal de Píllaro el 9 de abril de 2010 y publicada en el Registro Oficial No. 274 de 8 de septiembre de 2010, en el Art. 5 dispone lo siguiente:

“Art. 5.- MONTO DEL BENEFICIO.- La Ilustre Municipalidad de Píllaro pagará a la empleada/el empleado o la trabajadora/el trabajador cuya solicitud haya sido aprobada, la cantidad de tres salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio. Se considerará el salario vigente al momento de la presentación de la solicitud”.

Como quedó señalado, la mencionada Reforma fue expedida por el Concejo Cantonal de Píllaro el 9 de abril de 2010, cuando se encontraba vigente la Ley Orgánica del Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y

Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, que en el Art. 133 contemplaba el beneficio por jubilación, en los siguientes términos:

“Art. 133.- Beneficio por jubilación.- Los funcionarios y servidores, de las entidades y organismos comprendidos en el Art. 101 de esta Ley, que se acojan a los beneficios de la jubilación, tendrán derecho a recibir por una sola vez el equivalente a cuatro remuneraciones mensuales unificadas, para cuyo efecto, se efectuarán las reformas presupuestarias correspondientes”.

De otra parte, el Mandato Constituyente No. 2, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 261 de 28 de enero de 2008, en el Art. 8 previene lo siguiente:

“Art. 8.- 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 Armadas y la Policía Nacional, será de hasta 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. Para el efecto, las instituciones del sector público establecerán, planificadamente, el número máximo de renuncias a ser tramitadas y financiadas en cada año debiendo, para ello realizar las programaciones presupuestarias correspondientes, en coordinación con el Ministerio de Finanzas, de ser el caso”.

Según consta de la norma transcrita, el Art. 8 del Mandato Constituyente No. 2, ha previsto dos escenarios diferentes para el pago de las indemnizaciones: a) cuando la entidad proceda a la supresión de puestos o partidas; b) cuando el servidor presente su renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación, siempre y cuando las instituciones del sector público planifiquen el número máximo de renuncias a ser tramitadas y financiadas en cada año; y, sin que en este caso necesariamente implique la supresión del puesto, salvo razones técnicas que lo justifiquen; de ahí que la sola renuncia no generaba derecho a indemnización o bonificación, sino únicamente la liquidación de haberes a favor del renunciante.

En consecuencia, al haberse previsto la compensación por jubilación en el Art. 133 de la entonces vigente LOSCCA, y en el artículo 6 del Mandato Constituyente No. 2, no era necesario que el Concejo Cantonal de Píllaro expida ordenanzas relacionadas con estímulos económicos cuando sus servidores se acojan al retiro

voluntario para acogerse a la jubilación, en razón de que dichas compensaciones económicas ya estaban reguladas por normas jerárquicamente superiores.

La Ley Orgánica del Servicio Público, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010, que derogó la LOSCCA, en su Art. 3 prevé que las disposiciones de esa ley son de aplicación obligatoria en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública, que comprende:

“2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales”, entre las que se encuentra la Municipalidad de Píllaro.

La Ley Orgánica citada, en el Art. 81 inciso quinto dispone que a los servidores que, a partir de los sesenta y cinco (65) años de edad, cumplan los requisitos establecidos en las leyes de la seguridad social para la jubilación y requieran retirarse voluntariamente del servicio público, se les podrá aceptar su petición y se les reconocerá un estímulo y compensación económica, de conformidad con lo determinado en la Disposición General Primera.

El beneficio por jubilación previsto en el artículo 129 de la mencionada Ley Orgánica, establece 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, para cuyo efecto, se efectuarán las reforma presupuestarias correspondientes en función de la disponibilidad fiscal existente. El inciso segundo del mismo artículo dispone 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”.

Del artículo citado, se desprende que la Ley Orgánica del Servicio Público, admite una compensación económica cuando un servidor se retire para acogerse voluntariamente a la jubilación, equivalente a cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio contados a partir del quinto año, hasta un monto de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total.

Por su parte, en el Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 1 de abril de 2011, fue publicado el Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, cuyo Art. 288 del Título VI, relativo a las compensaciones e indemnizaciones, dispone: “Artículo 288.- De la compensación por jubilación y retiro no obligatorio.- Conforme lo señalado en el inciso quinto del artículo 81 de la LOSEP las y los servidores públicos que hayan cumplido 65 años de edad y cumplan con los requisitos establecidos en las leyes de la seguridad social para la jubilación, podrán presentar voluntariamente su solicitud de retiro del servicio público.

Esta solicitud podrá ser aceptada por la institución de conformidad con el plan aprobado por aquella y se reconocerá al solicitante un estímulo y compensación económica, de conformidad a la Disposición General Primera de la LOSEP, en concordancia con el artículo 129 de la misma ley. Dicha solicitud será aceptada por la institución previa la verificación de la disponibilidad presupuestaria.

Para proceder al pago de la compensación económica por jubilación y retiro voluntario, se establece que en caso de que la o el servidor público se encuentre entre los 60 años y menos de 70 años, la compensación económica podrá ser cancelada el 50% en bonos del Estado y el 50% restante en efectivo, si no existiere disponibilidad presupuestaria suficiente, caso contrario se pagará hasta el 100% en efectivo”.

Por su parte, la Ley Orgánica de la Función Legislativa, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 642 de 27 de julio de 2009, en la Disposición Especial Cuarta dispone lo siguiente: “Los Mandatos expedidos por la Asamblea Constituyente, están en plena vigencia. Para su reforma se adoptará el procedimiento previsto en la Constitución de la República para las leyes orgánicas”; de lo que se concluye que los Mandatos Constituyentes tienen la categoría de Ley Orgánica.

En consecuencia, a partir de la promulgación de la Ley Orgánica del Servicio Público, los límites previstos en el Art. 8 del Mandato Constituyente No. 2, fueron sustituidos por los montos establecidos en el Art. 129 y en la Disposición General Primera de la Ley Orgánica de Servicio Público, referentes a la indemnización por retiro voluntario para acogerse a la jubilación.

La Constitución de la República en el Art. 425, dispone que una Ley Orgánica prevalece sobre una Ordenanza; en la especie la Ley Orgánica del Servicio Público prevalece sobre la “Reforma a la Ordenanza que establece el Régimen

de Estímulos para la Jubilación Voluntaria de las Empleadas/Empleados y Trabajadoras/Trabajadores de la Ilustre Municipalidad de Santiago de Píllaro”.

De lo expuesto, de conformidad con el primer inciso del Art. 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público y los artículos 288 y 289 de su Reglamento General de Aplicación, que prevén el beneficio de jubilación para los servidores de las entidades y organismos comprendidos en el Art. 3 de esta Ley, entre los que se incluyen a las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado, se concluye que no es procedente que la Municipalidad de Píllaro pague tres salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio por concepto de estímulo para la jubilación voluntaria de sus servidores, en base a la Reforma a la Ordenanza que quedó citada en líneas precedentes, que actualmente es inaplicable, por ser un tema regulado por una norma superior.

OF. PGE. N°: 01521, de 26-04-2011

JUNTAS PARROQUIALES: ATRIBUCIONES DEL PRESIDENTE

ENTIDAD CONSULTANTE: JUNTA PARROQUIAL DE CONOCOTO

CONSULTAS:

1.1. ¿En las sesiones de la Junta Parroquial, si el presidente tiene atribuciones para elevar a moción y/o apoyar la moción de algún vocal?.

1.2. ¿Si el presidente tiene atribuciones para intervenir con voz y voto en las sesiones de la Junta Parroquial; o tiene únicamente voto dirimente en caso de empate?.

2. ¿Si el presidente está facultado para suscribir convenios y contratos administrativos o necesita autorización de la Junta?.

3.1. El presidente del gobierno autónomo parroquial convoca a los vocales a sesión ordinaria y un vocal solicita por escrito permiso, faltando pocas horas para la instalación de la sesión, el presidente convoca al vocal suplente a reemplazar al titular. ¿Es legal la intervención del vocal suplente?.

3.2. En la próxima sesión asiste el vocal titular y se niega aprobar el acta de sesión anterior y pide la nulidad. El presidente niega la petición y suspende el punto del orden del día para consultar al Procurador General del Estado. ¿Es legal la suspensión del orden del día, dispuesta por el presidente?.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador Arts. 76 num. 1, 83 num. 1, 226 y 255.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 66, 67 lit. g), 69, 70 lit. c), 71, 318, 321, 323 y 364 inc. cuarto.

Ley Orgánica Electoral Art. 165.

PRONUNCIAMIENTOS:

1.1. En comunicación de 24 de marzo de 2011, el Asesor Jurídico de la Junta Parroquial de Conocoto, con fundamento en los artículos 76 numeral 1, 83 numeral 1 y 255 de la Constitución de la República y 66, 70 letra c) y 321 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, concluye manifestando que: "...siendo claro el contenido del Art. 70 Lit. c), ya transcrito, el Presidente tiene atribuciones para convocar y presidir las sesiones con voz y voto. Empero, y de acuerdo a la facultad de convocatoria y a presidir las sesiones, se colige que tiene facultad para elevar a moción y/o, apoyar alguna moción de un vocal. En caso de empate, el Presidente tendrá voto dirimente, o sea podrá volver a votar".

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que derogó entre otras leyes, la Ley Orgánica de Juntas Parroquiales Rurales, en su Art. 69, dispone que el presidente es la primera autoridad del ejecutivo del gobierno autónomo descentralizado parroquial rural, elegido de acuerdo a los requisitos y regulaciones previstas en la ley de la materia electoral.

Por su parte, la letra c) del artículo 70 del citado Código Orgánico, dispone que corresponde al presidente de la junta parroquial: "Convocar y presidir con voz y voto las sesiones de la junta parroquial rural, para lo cual deberá proponer el orden del día de manera previa".

De las disposiciones citadas se desprende que si el Presidente de la Junta Parroquial es parte del gobierno autónomo descentralizado parroquial rural, con derecho a voto, entendido aquel como la exteriorización de un legítimo derecho político, dicho derecho le genera implícitamente el derecho a mocionar propuestas relacionadas con temas específicos y a apoyarlas.

1.2. El Art. 66 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, prescribe que la junta parroquial rural es el órgano de gobierno de la parroquia rural, y agrega lo siguiente: "Estará integrado por los vocales

elegidos por votación popular, de entre los cuales el más votado lo presidirá, con voto dirimente, de conformidad con lo previsto en la ley de la materia electoral”.

El artículo 70 del citado Código Orgánico, señala que corresponde al presidente de la junta parroquial: “Convocar y presidir con voz y voto las sesiones de la junta parroquial rural, para lo cual deberá proponer el orden del día de manera previa. El ejecutivo tendrá voto dirimente en caso de empate en las votaciones del órgano legislativo y de fiscalización”.

Conforme las citadas disposiciones legales, se desprende que la Junta Parroquial está integrada por los vocales y por el Presidente de dicha Junta Parroquial, este último con derecho a voto en todas las decisiones del órgano legislativo, y con voto dirimente en caso de ocurrir empate en dichas decisiones, dirimencia que se constituye en un voto calificado, ya que de producirse empate en las decisiones de la junta parroquial, la decisión se deberá adoptar en el sentido en que el presidente de la junta parroquial consigne o exprese su voto, sin que para ello se requiera repetir la votación.

Con respecto a las “votaciones”, el Art. 321 del COOTAD, prescribe que en los gobiernos autónomos descentralizados la votación en los órganos legislativos podrá ser de manera ordinaria, nominativa o nominal razonada. Agrega que el voto nominal razonado se realizará en orden alfabético y no podrán abstenerse de votar ni retirarse del salón de sesiones una vez dispuesta la votación por el ejecutivo, y todo voto en blanco se acumulará a la mayoría.

De los artículos invocados del COOTAD, nótese que reiteradamente dicha normativa establece que el voto del ejecutivo de las Junta Parroquiales, esto es, del Presidente, tiene el carácter de dirimente en caso de empate.

Por lo expuesto, en contestación a los términos de esta consulta se concluye que, al Presidente de la Junta Parroquial le corresponde convocar y presidir las sesiones de dicha Junta con voz y voto, y su presencia conformará el quórum de instalación en las sesiones de los gobiernos parroquiales rurales y en caso de empate en la votación, su voto tendrá el carácter de dirimente conforme los artículos 66 y el segundo inciso del Art. 321 del COOTAD.

2. Con respecto a esta pregunta, el Asesor Legal de la Junta Parroquial de Conocoto, en su informe jurídico, con fundamento en los artículos 76 numeral 1°, 83 numeral 1 y 226 de la Constitución de la República y artículos 67, 70 letra l) y 364 incisos primero y cuarto del COOTAD, concluye manifestando que: “De acuerdo a las disposiciones transcritas, el Presidente tiene atribuciones para dictar o ejecutar actos administrativos, suscribir contratos administrativos, para la ágil, eficaz, eficiente y oportuna administración; y, para suscribir convenios de crédito y aquellos que comprometan al patrimonio institucional requerirán autorización de la Junta Parroquial Rural”.

La letra g) del Art. 67 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, prescribe como atribución de las juntas parroquiales rurales, el “Autorizar la suscripción de contratos, convenios e instrumentos que comprometan al gobierno parroquial rural”; mientras que según el artículo 70 letra a) del referido Código, al Presidente de la junta parroquial rural le corresponde el ejercicio de la representación legal y judicial del gobierno autónomo descentralizado parroquial rural; y, de acuerdo con la letra l) del citado Art. 70, tiene la facultad de suscribir contratos, convenios e instrumentos que comprometan al gobierno autónomo descentralizado parroquial rural, de acuerdo con la ley. Agrega el artículo en mención que los convenios de crédito o aquellos que comprometan el patrimonio institucional requerirán autorización de la junta parroquial rural.

Nótese que la letra g) del Art. 67 del COOTAD, no hace distinción entre los contratos o convenios que deben ser autorizados por la Junta Parroquial, antes de ser suscritos por el Presidente de dicha junta parroquial, sino que exclusivamente enuncia la frase “contratos, convenios e instrumentos que comprometan al gobierno parroquial rural”. Por lo tanto, con el fin de precautelar los intereses de las Juntas Parroquiales, incluido su patrimonio, el Presidente de la junta parroquial rural, está facultado a suscribir convenios y contratos administrativos con autorización de la Junta Parroquial, en todos los casos en que se comprometa al gobierno parroquial, así como los convenios de crédito o que comprometan el patrimonio institucional, de conformidad con los artículos, 67 letra g) y 70 letra l) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

En consecuencia, en atención a la consulta planteada, el Presidente de la Junta Parroquial de Conocoto está facultado para suscribir convenios y contratos administrativos previa autorización de la Junta Parroquial del mismo nombre.

3. 1. Con respecto a esta pregunta, el Asesor Legal de la Junta Parroquial de Conocoto en su informe jurídico, con fundamento en el último inciso del Art. 71 del COOTAD, concluye manifestando que: “De conformidad a la disposición reglamentaria transcrita, el presidente tiene atribuciones para convocar al vocal suplente a reemplazar al titular, en consecuencia la intervención del suplente considero que es legal”.

De acuerdo con el Art. 165 de la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, las autoridades electorales proclamarán electas o electos como principales a quienes hubieren sido favorecidos con la adjudicación de puestos; y como suplentes de cada candidata o candidato principal electo, a quienes hubieren sido inscritos como tales.

El último inciso del Art. 71 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, prescribe que en el caso en que un vocal reemplace al presidente o presidenta de la junta parroquial rural, “se convocará a actuar al suplente respectivo”.

De los citados artículos se desprende que la calidad de suplente de un determinado cargo de elección popular, se le otorga a quien temporalmente ejerce todos los derechos de su titular. De ahí que, según la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el suplente es el que suple, es decir, el que se pone en lugar de alguien para “hacer sus veces”.

Por lo tanto, en contestación a los términos de esta pregunta, es legal la intervención del vocal suplente del gobierno autónomo parroquial, convocado por el Presidente de la junta parroquial para que reemplace al vocal titular en una sesión ordinaria por excusa del vocal titular.

3.2. Con respecto a esta pregunta, el Asesor Legal de la Junta Parroquial de Conocoto, en su informe jurídico, con fundamento en la letra c) del Art. 70 del COOTAD, concluye manifestando que: “Dentro de las atribuciones del Presidente, es (sic) de presidir las sesiones y la facultad de suspender o postergar las mismas, cuanto más si se trata de consultar alguna duda en la aplicación de la Ley”.

En relación a las sesiones ordinarias de los gobiernos autónomos descentralizados, el Art. 318 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, dispone que las juntas parroquiales rurales se

reunirán dos veces al mes como mínimo, y que en todos los casos (refiriéndose también a las sesiones de los consejos provinciales y concejos cantonales), “la convocatoria del ejecutivo del respectivo gobierno autónomo descentralizado se realizará con al menos cuarenta y ocho horas de anticipación a la fecha prevista y se acompañará el orden del día y los documentos que se traten”.

Agrega el segundo inciso del artículo en mención, que: “Una vez instalada la sesión se procederá a aprobar el orden del día, que podrá ser modificado solamente en el orden de su tratamiento o incorporando puntos adicionales, por uno de los miembros con voto conforme de la mayoría absoluta de los integrantes; una vez aprobado con este requisito, no podrá modificarse por ningún motivo caso contrario la sesión será invalidada. Aquellos asuntos que requieran informes de comisiones, informes técnicos o jurídicos, no podrán ser incorporados mediante cambios del orden del día”.

Del artículo citado, se desprende que los temas a tratarse en el orden del día de las sesiones de los gobiernos autónomos descentralizados, no pueden ser modificados una vez que ha sido instalada la sesión. Con respecto a la suspensión de un punto a tratarse en el orden del día, éste caso no ha sido previsto en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, por lo tanto, cada gobierno autónomo parroquial rural, deberá reglamentar dichos casos no previstos en la ley, de conformidad con la letra a) del Art. 67 del COOTAD, que dispone como atribución de la Junta Parroquial Rural: “Expedir acuerdos, resoluciones y normativa reglamentaria en las materias de competencia del gobierno autónomo descentralizado parroquial rural, conforme este Código”.

Debe tomarse en cuenta, en todo caso, que cualquier decisión del gobierno parroquial debe adoptarse observando la mayoría prevista en el artículo 323 del COOTAD.

La absoluciónde esta tercera consulta se limita a la inteligencia de la ley y no al caso particular planteado por el consultante.

OF. PGE. N°: 01519, de 26-04-2011

**JUNTA PARROQUIAL: REMUNERACIONES, APORTACIONES
AL IESS Y OTROS BENEFICIOS DE LEY A MIEMBROS DE LA JUNTA**

ENTIDAD CONSULTANTE: JUNTA PARROQUIAL VIRGEN DE FÁTIMA

CONSULTA:

“¿Procede que se les cancele a los miembros del órgano legislativo parroquial, remuneraciones mediante rol, con los beneficios de Ley, y se le haga la correspondiente aportación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 34, 66 num. 17, 226, 229 y 370.

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 3 num. 4, 4, 23 lit. c), 25, 26, 27, 28, 51 d), 83, 97, 98, 99, 114; y, 25 lit. a), 247, 257 y 258 de su Reglamento.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 8, 67 lit. o), 68, 69, 70, 166, 257, 329, 354, 355, 356 y 358.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Art. 108.

Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador,

Código de la Democracia Arts. 99 y 165.

Ley de Seguridad Social Art. 2.

PRONUNCIAMIENTO:

A fin de contar con suficientes elementos de análisis, en atención a varias consultas formuladas sobre idéntica materia por otras Municipalidades y Juntas Parroquiales, este Organismo requirió el criterio institucional del Ministerio de Relaciones Laborales y del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, habiendo recibido respuesta por parte del señor Director General del IESS, mediante oficio No. 64000000-0515 TR 41285 de 11 de febrero de 2011, ingresado el mismo día; y, del señor Viceministro del Servicio Público, en oficio No. MRL-AJ-2011 0004303 de 15 de marzo de 2011, ingresado en la misma fecha.

Las materias sobre las que trata sus consultas, están relacionadas también con la aplicación de la Ley Orgánica del Servicio Público, cuyo Reglamento General ha sido promulgado en el Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 1 de abril de 2011.

Si bien su consulta está referida al régimen jurídico aplicable a los miembros del órgano legislativo parroquial, abarca distintas materias, que atiendo en los siguientes términos:

a) Remuneraciones

En el informe jurídico institucional, constante en el oficio No. AJJ-0003-2011 de 17 de enero del 2011, el Asesor Jurídico de la Junta Parroquial “Virgen de Fátima”, con fundamento en los artículos 226 de la Constitución de la República, 4 de la Ley

Orgánica del Servicio Público, 69 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, manifiesta: “Por lo expuesto, en aplicación de la actual normativa constitucional y legal, soy del criterio que procede que los señores vocales, perciban remuneración mensual por los servicios que prestan a la Junta Parroquial de Virgen de Fátima, con la correspondiente aportación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, misma que deberá ser calculada de hasta el 35% de la remuneración unificada del señor Presidente, de acuerdo a la disponibilidad presupuestaria, debidamente certificada por el tesorero (a), si existe o no la misma”.

De conformidad con el artículo 229 de la Constitución de la República, son servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Idéntica disposición consta en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP) y en la Disposición General Décima Octava de la misma Ley, cuyo artículo 83 letra c), excluye de la carrera del servicio público a los dignatarios elegidos por votación popular, como es el caso de los Vocales de las Juntas Parroquiales Rurales.

Por su parte, el Art. 358 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), sobre cuya aplicación trata su consulta, dispone:

“Art. 358.- Remuneración y Dietas.- Los miembros de los órganos legislativos de los gobiernos regionales, metropolitanos, municipales y parroquiales rurales son autoridades de elección popular que se regirán por la ley y sus propias normativas, percibirán la remuneración mensual que se fije en acto normativo o resolución, según corresponda al nivel de gobierno. 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”.

El artículo 8 del citado COOTAD, asigna facultad normativa a los gobiernos parroquiales rurales, que se ejerce mediante la expedición de acuerdos y resoluciones.

El artículo 166 *ibídem*, prevé que: “Toda norma que expida un gobierno autónomo descentralizado que genere una obligación financiada con recursos públicos

establecerá la fuente de financiamiento correspondiente” y el artículo 254 del mismo Código Orgánico, prohíbe efectuar cualquier egreso de recursos públicos, sino es con cargo al presupuesto del ejercicio vigente.

En concordancia, el artículo 257 del Código Orgánico en análisis, establece que no podrán efectuarse traspasos de créditos del presupuesto de los organismos de los gobiernos autónomos descentralizados: “2. Para creación de nuevos cargos o aumentos de las asignaciones para sueldos constantes en el presupuesto, salvo en los casos previstos para atender inversiones originadas en nuevas competencias, adquisición de maquinarias para la ejecución de la obra pública u otras similares”.

El artículo 328 *ibídem*, prohíbe a los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados: “...g) Aprobar ordenanzas, acuerdos o resoluciones que no hayan cumplido los procedimientos establecidos en el presente Código”.

Por su parte, el artículo 108 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, prescribe que todo flujo de recurso público deberá estar contemplado obligatoriamente en el Presupuesto General del Estado o en los Presupuestos de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, Empresas Públicas, Banca Pública y Seguridad Social y la Disposición General Segunda del mismo Código determina que toda ley, decreto, acuerdo, resolución o cualquier otro instrumento legal o administrativo que comprometa recursos públicos, se aplicará únicamente si cuenta con la fuente de financiamiento respectiva.

El Ministerio de Relaciones Laborales, en el oficio No. MRL-AJ-2011 0004303 de 15 de marzo de 2011, suscrito por el Viceministro del Servicio Público, manifiesta que si bien las normas del COOTAD reconocen autonomía a los Municipios, en cuanto a la administración del talento humano deben regirse también por el marco general de la Ley Orgánica del Servicio Público.

El Viceministro del Servicio Público cita la letra d), del artículo 51 de la Ley Orgánica del Servicio Público que asigna al Ministerio de Relaciones Laborales competencia para: “d) Realizar estudios técnicos relacionados a las remuneraciones e ingresos complementarios del sector público. Al efecto establecerá los consejos consultivos que fueren necesarios con las diversas instituciones del sector público para la fijación de las escalas remunerativas”.

Y, sobre dicha base concluye manifestando que: “En el caso de las Juntas Parroquiales Rurales se expidió el Acuerdo No. MRL-2011 00017 publicado en el Registro Oficial No. 375, de 1 de febrero de 2011 conformando el Consejo Consultivo entre éste Ministerio y el Consejo Nacional de Juntas Parroquiales Rurales del Ecuador, el cual tiene como atribución recibir y analizar la información sobre la realidad, presupuesto y enfoque de la Junta Parroquial Rural que permitirá a ésta Cartera de Estado fijar los techos y pisos de la escala remunerativa para las y los miembros; y, las y los servidores públicos de las Juntas Parroquiales Rurales.” Sobre dicha base concluye manifestando que: hasta tanto deberán reconocerse las dietas en la forma prevista en las disposiciones legales vigentes al 6 de octubre del 2010...”.

La Ley Orgánica del Servicio Público constituye el marco general regulatorio de las remuneraciones en sector público, pues el numeral 2 del artículo 3 de esa Ley, incluye en su ámbito de aplicación a las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y el artículo 354 del propio COOTAD, dispone que los servidores públicos de cada gobierno autónomo descentralizado, se regirán por el marco general que establezca la ley que regule el servicio público.

El primer párrafo posterior al numeral 4, del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, dispone: “Todos los Organismos previstos en el artículo 225 de la Constitución y este artículo se sujetarán obligatoriamente a lo establecido por el Ministerio de Relaciones Laborales en lo atinente a remuneraciones e ingresos complementarios”.

Sin embargo, es pertinente considerar que con respecto a los gobiernos autónomos descentralizados, el segundo inciso del artículo 354 del COOTAD, les asigna competencia para regular la administración del talento humano en función de “sus propias y particulares realidades locales y financieras”.

En materia específica de remuneraciones el segundo párrafo posterior al numeral 4 del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, prevé que las escalas remunerativas de las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado, “se sujetarán a su real capacidad económica y no excederán los techos y pisos para cada puesto o grupo ocupacional establecidos por el Ministerio de Relaciones laborales, en ningún caso el piso será inferior a un salario básico unificado del trabajador privado en general”.

El artículo 247 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, con respecto a las remuneraciones de los gobiernos autónomos descentralizados, sus entidades y regímenes especiales, dispone: “Las remuneraciones de las y los servidores de los gobiernos autónomos descentralizados, sus entidades y regímenes especiales, se contemplarán como un porcentaje de la remuneración mensual unificada de la máxima autoridad del gobierno autónomo descentralizado, sus entidades y regímenes especiales, correspondiente, las que no podrán exceder los techos ni ser inferiores a los pisos de las determinadas por el Ministerio de Relaciones Laborales, para cada grupo ocupacional. Una vez emitidos los pisos y techos remunerativos por parte del Ministerio de Relaciones Laborales, los gobiernos autónomos descentralizados a través de ordenanza establecerán las remuneraciones que correspondan”.

Por su parte, el techo para la remuneración mensual de los miembros de los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados ya ha sido establecido en forma expresa por el artículo 358 del mismo COOTAD.

Lo anteriormente mencionado permite concluir que, de conformidad con el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, corresponde al Ministerio de Relaciones Laborales fijar las escalas remunerativas del sector público; al tenor de las letras a) y d) del artículo 51 de la misma Ley, es igualmente competencia de dicho Ministerio: “a) Ejercer la rectoría en materia de remuneraciones del sector público...”; y, “d)... establecía los concejos consultivos que fueren necesarios con las diversas instituciones del sector público para la fijación de las escalas remunerativas”, por lo que de conformidad con el artículo 8 del COOTAD, la Junta Parroquial podrá expedir la Resolución que determine la remuneración de los Vocales de esa Junta, en la forma que prescribe el artículo 358 del COOTAD, una vez que en el Ministerio de Relaciones Laborales hubiere determinado a su vez los techos y pisos de las remuneraciones del ejecutivo y los Vocales de cada Junta Parroquial.

Hasta que el Ministerio de Relaciones Laborales haya determinado los techos y pisos de las remuneraciones del ejecutivo y de los Vocales que correspondan a cada Junta Parroquial; y, en consecuencia la Junta Parroquial expida la Resolución que fije la remuneración de sus vocales, en aplicación del principio constitucional previsto en el numeral 17 del artículo 66 de la Constitución de la

República, que determina que nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, corresponde al Ministerio de Relaciones Laborales, como ente rector en materia de remuneraciones, determinar el mecanismo o fórmula de pago a los Vocales de cada Junta Parroquial por el ejercicio de sus funciones.

Por otro lado, no procede continuar reconociendo dietas a los Vocales de Juntas Parroquiales, en la forma prevista en las disposiciones legales vigentes al 6 de octubre del 2010, que son las contenidas en la derogada Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones de los Servidores Públicos (LOSCCA), conforme sugiere el Ministerio de Relaciones Laborales, pues dichas normas dejaron de regir a partir de la promulgación de la Ley Orgánica del Servicio Público y porque el COOTAD, que derogó a Ley Orgánica de Juntas Parroquiales Rurales, no ha incluido entre sus disposiciones transitorias ninguna que permita pagar dietas a los miembros de los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados, extendiendo el régimen jurídico anterior.

Una vez que se apruebe la respectiva Resolución, el pago de remuneraciones a los Vocales de las Juntas Parroquiales se deberá efectuar mediante rol, pues la remuneración establecida por el artículo 358 del COOTAD, reemplaza a las dietas, lo que hace improcedente la emisión de la factura requerida anteriormente para el pago de dietas.

b) Demás beneficios: afiliación al IESS, décimos y fondos de reserva

En atención a una consulta sobre idéntica materia, formulada por el Alcalde del Gobierno Municipal del Cantón San Francisco de Milagro, este Organismo solicitó el criterio jurídico institucional del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, mediante oficio No. 00213 de 31 de enero de 2011, habiéndose recibido respuesta por parte del Director General del IESS, mediante oficio No. 64000000-0515 TR 41285 de 11 de febrero de 2011, ingresado el mismo día.

El Director General del IESS, en el oficio al que se ha hecho referencia, invoca entre otras normas, el artículo 358 del COOTAD y el artículo 2 de la Ley de Seguridad Social, que dispone: “Son sujetos obligados a solicitar la protección del Seguro General Obligatorio, en calidad de afiliados, todas las personas que perciben ingresos por la ejecución de una obra o la prestación de un servicio físico o intelectual, con relación laboral o sin ella”.

En el mismo oficio se manifiesta que: “La Constitución y la Ley Orgánica del Servicio Público ubican a los cargos de elección popular, como servidores públicos, mismos que al ejercer una dignidad son sujetos de derechos y deberes y prohibiciones....Al percibir ingresos, los concejales/as municipales son sujetos de afiliación al IESS....En consecuencia, y respondiendo a la consulta del ingeniero Francisco Asan Wonsang, Alcalde del Cantón San Francisco de Milagro, los Concejales y Concejales tienen derecho a que se les reconozca los beneficios de ley entre los que se destacan la afiliación al Seguro Social y al pago del Fondo de Reserva”.

En cuanto se refiere a la aplicación de los demás beneficios legales, respecto de los concejales municipales y vocales de juntas parroquiales, entre ellos la seguridad social, el Ministerio de Relaciones Laborales, manifiesta su criterio en el sentido de que: “el momento en que se establezca las remuneraciones para los miembros de elección popular ya mencionados, tendrán derecho, una vez cumplidos los presupuestos jurídicos pertinentes, a los beneficios de la seguridad social”.

Los artículos 34 y 370 de la Constitución de la República, establecen el derecho irrenunciable a la seguridad social de todas las personas, y el deber y responsabilidad del Estado a través del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, de efectuar la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados. Por su parte, la letra c) del artículo 23 de la Ley Orgánica del Servicio Público, incluye entre los derechos de los servidores públicos: “c) Gozar de prestaciones legales y de jubilación de conformidad con la Ley”, lo que guarda armonía con el artículo 2 de la Ley de Seguridad Social, que dispone que todas las personas que perciben ingresos por la prestación de un servicio, son sujetos obligados a solicitar la protección del Seguro General Obligatorio, en calidad de afiliados.

De conformidad con los artículos 97 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 257 de su Reglamento General, los servidores públicos, tienen derecho a percibir hasta el veinte de diciembre de cada año la décima tercera remuneración, misma que estará compuesta por la doceava parte de la sumatoria de todas las remuneraciones mensuales unificadas percibidas durante el año calendario.

Con respecto al décimo cuarto sueldo, de conformidad con los artículos 98 de la LOSEP y 258 de su Reglamento General, los servidores públicos percibirán “una

remuneración o salario básico unificado del trabajador privado en general, misma que será determinada, cada año, por el Ministerio de Relaciones Laborales”.

Finalmente, en cuanto al pago de los fondos de reserva deberá tomarse en cuenta que el artículo 99 de la Ley Orgánica del Servicio Público, dispone que el fondo de reserva se debe pagar a partir del segundo año del ejercicio de funciones.

Este Organismo ya se ha pronunciado sobre este tema en el sentido de que, para el pago de los décimo tercero y cuarto sueldos, así como del aporte al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de los concejales, “deberá considerarse en el presupuesto municipal a partir del año 2011; no así el pago de los fondos de reserva que deberá aplicarse en el presupuesto del año 2012, toda vez que conforme a lo dispuesto en el Art. 99 de la vigente Ley Orgánica del Servicio Público debe pagarse a partir del segundo año de ejercicio de dichas funciones en esa Corporación Municipal”. Idéntico criterio es aplicable respecto de los Vocales de las Juntas Parroquiales.

Con respecto a su consulta, se concluye que como servidores públicos, los Vocales de las Juntas Parroquiales tienen derecho a percibir además de su remuneración, los décimo tercero y cuarto sueldos, así como la afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. En cuanto al pago de los fondos de reserva se deberá tomar en cuenta que de conformidad con el artículo 99 de la Ley Orgánica del Servicio Público, su pago procede a partir del segundo año del ejercicio de funciones.

En ningún caso los Vocales de las Juntas Parroquiales, en su calidad de dignatarios de elección popular, tienen derecho al pago de horas suplementarias o extraordinarias previstas en el artículo 114 de la Ley Orgánica del Servicio Público, atenta la prohibición expresa que al efecto establece la Disposición General Segunda de esa Ley, que establece que los dignatarios, autoridades y funcionarios que conforman el nivel jerárquico superior, no percibirán el pago de horas suplementarias y extraordinarias.

En lo que respecta a remuneraciones y beneficios de ley en el mismo sentido me pronuncié en oficio No. 01465 de 20 de abril del 2011, en atención a las consultas formuladas por el Alcalde del Cantón San Francisco de Milagro.

c) Derechos, Vacaciones.

El Ministerio de Relaciones Laborales en la comunicación que contiene su criterio institucional, cita los artículos 26, 27 y 28 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que regulan el régimen de licencias y permisos, con o sin remuneración, según el caso; y, expone: “El artículo 27 regula las licencias con remuneración como derecho de los servidores públicos para diferentes fines, y dependiendo de cada una de ellas los días de concesión; en tanto que en el artículo 28 se norma a las licencias sin remuneración y para otros fines, como facultativa de la autoridad nominadora. En el caso de los Concejales de los Municipios, el Código Orgánico se ha referido de manera general a la concesión de licencias a sus miembros hasta sesenta días, sin diferenciar si ellas pueden ser con o sin remuneración y precisando únicamente enfermedad catastrófica y calamidad doméstica como extensivas, por lo que se deberá para su concesión, dependiendo del caso, guardar armonía con lo que señala la Ley Orgánica del Servicio Público y el Código Orgánico”.

El Viceministro del Servicio Público del Ministerio de Relaciones Laborales, en el oficio No. MRL-AJ-2011 0004303 de 15 de marzo de 2011, no emite criterio alguno con relación a si los concejales y vocales de juntas parroquiales tienen derecho a gozar de vacaciones.

Al efecto, se debe considerar que los vocales de juntas parroquiales como dignatarios de elección popular, son servidores públicos de conformidad con el artículo 229 de la Constitución de la República, el artículo 4 de la LOSEP y su Disposición General Décima Octava, pero están excluidos de la carrera del servicio público, de conformidad con la letra c) del artículo 83 de la citada Ley Orgánica del Servicio Público. Conforme prevé el inciso final del citado artículo 83 de la LOSEP, los Capítulos 2 y 3 del Título II de esa Ley, que regulan el nepotismo, inhabilidades y prohibiciones aplicables a los servidores públicos, son de observancia obligatoria en todo el sector público, de lo que se desprende que las restantes normas de la LOSEP se aplicarán a los servidores excluidos de la carrera del servicio público, como es el caso de los dignatarios de elección popular, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de la función que desempeñan.

En concordancia, el artículo 354 del COOTAD, dispone que los servidores públicos de cada gobierno autónomo descentralizado se regirán por el marco general que establezca la ley que regule el servicio público y su propia normativa.

Cabe señalar que el COOTAD no contiene previsión alguna con relación al derecho a vacaciones de los Vocales de las Juntas Parroquiales.

La letra o) del artículo 67 del COOTAD, que dispone: “Art. 67.- Atribuciones de la junta parroquial rural: ... o) Conceder licencias a los miembros del gobierno parroquial rural, que acumulados, no sobrepasen sesenta días. En el caso de enfermedades catastróficas o calamidad doméstica debidamente justificada podrá prorrogar este plazo”.

Los derechos de los servidores públicos están previstos en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Servicio Público, ubicado en el Capítulo 1 del Título III de esa Ley; entre ellos constan derechos que son exclusivos del personal de carrera del servicio público, y otros que son aplicables respecto de todo el personal, incluido el que no pertenece a la carrera del servicio público.

Por ejemplo, la letra a) del artículo 23 de la LOSEP, se refiere al derecho a la estabilidad en el puesto, propio de los servidores de carrera. Mientras que la letra l) del artículo 23 de la LOSEP, establece el derecho a un entorno laboral adecuado que garantice la salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar de los servidores, lo que es aplicable a todos los servidores públicos sean o no de carrera, sin distinción, al igual que el establecido en la letra m) del artículo 23 de la LOSEP, que confiere el derecho a reintegrarse a sus funciones después de un accidente de trabajo o enfermedad.

El artículo 23 de la Ley Orgánica del Servicio Público, incluye entre los derechos de los servidores públicos el siguiente: “g) Gozar de vacaciones, licencias, comisiones y permisos de acuerdo con lo prescrito en esta Ley”.

Por lo expuesto, en atención a su consulta, de conformidad con la letra g) del artículo 23 de la Ley Orgánica del Servicio Público, se determina que los vocales de juntas parroquiales, en su calidad de servidores públicos, tienen derecho a gozar de vacaciones.

La Sección Segunda del Capítulo II del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, regula lo atinente al ejercicio del derecho a vacaciones.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, en la letra o) del artículo 67, ha dispuesto entre las atribuciones de la

Junta Parroquial la de conceder licencias a los miembros del gobierno parroquial rural; no obstante, no ha previsto nada con relación a quién debe conceder vacaciones a los Vocales de las Juntas Parroquiales, como tampoco lo ha hecho la Ley Orgánica del Servicio Público.

Por lo expuesto, toda vez que no existe una norma expresa al respecto y que el derecho a vacaciones es similar al derecho a licencias previsto en la letra o) del artículo 67 del COOTAD, puesto que ambos conllevan la ausencia temporal del vocal, corresponde a la Junta Parroquial, como máxima autoridad del gobierno autónomo descentralizado parroquial, autorizar las vacaciones de sus miembros.

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

De las normas citadas se desprende que cada vocal principal de junta parroquial tiene su respectivo suplente, los mismos que se proclaman electos de manera conjunta y por lo tanto, le corresponde al suplente asumir la titularidad de la dignidad de Vocal de la Junta Parroquial, durante las vacaciones del vocal titular. En consecuencia, los vocales de Junta Parroquial que se acojan al derecho a vacaciones, previsto en el artículo 23 letra g) de la LOSEP, tienen derecho a percibir la remuneración que les corresponda durante sus vacaciones, sin perjuicio de los derechos del respectivo suplente, a quien se deberá cancelar el valor proporcional al tiempo que dure el reemplazo, pues el artículo 110 de la LOSEP, prohíbe fraccionar la remuneración entre dos personas.

Finalmente, se tomará en cuenta que los vocales de juntas parroquiales, al estar excluidos de la carrera del servicio público, de conformidad con la letra c) del artículo 83 de la LOSEP, no gozan de los beneficios que corresponden exclusivamente a los servidores de carrera.

En relación a vacaciones me pronuncié mediante oficios Nos. 01635 y 01638 de 4 de mayo de 2011, en atención a las consultas formuladas por los Alcaldes de los Cantones Mejía y Bolívar.

d) Horario de Trabajo

La letra b) del artículo 23 de la Ley Orgánica del Servicio Público, establece como derecho del servidor, percibir una remuneración proporcional a la función; dicho derecho está relacionado a su vez con el deber del servidor de cumplir personalmente con las obligaciones de su puesto, que establece la letra b) del artículo 22 *ibídem*.

De conformidad con el artículo 25 de la Ley Orgánica del Servicio Público, las jornadas de trabajo para las entidades, instituciones, organismos y personas jurídicas señaladas en el artículo 3 de esa Ley, entre las cuales se encuentran los gobiernos autónomos descentralizados según el numeral 2 de dicha norma, podrán tener las modalidades de jornada ordinaria y jornada especial y que la jornada ordinaria: “Es aquella que se cumple por ocho horas diarias efectivas y continuas, de lunes a viernes y durante los cinco días de cada semana, con cuarenta horas semanales”. Idéntica disposición consta en el artículo 24 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público.

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

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

El artículo 329 del COOTAD, establece que la función de vocal de la junta parroquial rural es obligatoria; sus deberes y atribuciones, señalados en el artículo 68

del COOTAD, son: intervenir con voz y voto en las sesiones y deliberaciones de la junta parroquial rural; presentar proyectos de acuerdos y resoluciones, en el ámbito de competencia del gobierno autónomo descentralizado parroquial rural; intervenir en la asamblea parroquial y en las comisiones, delegaciones y representaciones que designe la junta parroquial rural, y en todas las instancias de participación; fiscalizar las acciones del ejecutivo parroquial; y, cumplir aquellas funciones que le sean expresamente encomendadas por la junta parroquial rural.

Al Presidente de la Junta Parroquial Rural, le corresponde ejercer las atribuciones establecidas en el artículo 70 del COOTAD, entre ellas, ejercer la representación legal, y judicial del gobierno autónomo descentralizado parroquial rural; convocar y presidir con voz y voto las sesiones de la junta parroquial rural, para lo cual deberá proponer el orden del día de manera previa; dirigir la elaboración del plan parroquial de desarrollo y el plan operativo anual, así como la correspondiente pro forma presupuestaria institucional, que deberá someterla a consideración de la junta parroquial para su aprobación, entre otras.

El artículo 356 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, con relación a los ejecutivos de los gobiernos autónomos descentralizados, dispone:

“Los ejecutivos son la máxima autoridad de cada gobierno autónomo descentralizado, cumplirán sus funciones a tiempo completo y no podrán desempeñar otros cargos ni ejercer la profesión, excepto la cátedra universitaria en los términos previstos en la Constitución y la ley. De esta disposición se excluye al ejecutivo del gobierno parroquial rural”.

Con relación a los dignatarios de los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados, el artículo 355 prevé lo siguiente:

“La función de consejero o consejera regional y provincial, concejal o concejala o vocal del gobierno parroquial rural es obligatoria. Sus deberes y atribuciones son los señalados expresamente en la Constitución y en este Código”.

Las atribuciones de los vocales de las juntas parroquiales, al tenor del artículo 68 del mismo Código Orgánico son las siguientes: intervenir con voz y voto en las sesiones de la junta parroquial rural; presentar proyectos de acuerdos y resoluciones, en el ámbito de competencia del gobierno parroquial; intervenir

en la asamblea parroquial y en las comisiones, delegaciones y representación que les designe la junta parroquial y demás instancias de participación; fiscalizar al ejecutivo parroquial; y, cumplir las funciones que le sean expresamente encomendadas por la junta parroquial rural.

De las normas citadas se desprende que en el caso del Ejecutivo (Presidente) y de los Vocales de las Juntas Parroquiales, ninguna norma del Código Orgánico de Organización, Autonomía y Descentralización, COOTAD, ha regulado sobre su jornada u horario de trabajo, ni ha dispuesto que laboren a tiempo completo.

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

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

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

Por tanto, atenta la relación que existe entre el derecho a percibir remuneración proporcional a la función, según la letra b) del artículo 23 de la Ley Orgánica del Servicio Público, y el deber de cumplir personalmente con las obligaciones de su puesto, que establece la letra b) del artículo 22 *ibídem*, se concluye que los Vocales de las Juntas Parroquiales Rurales están obligados a intervenir con voz y voto en las sesiones y deliberaciones de la junta parroquial rural; presentar proyectos de acuerdos y resoluciones, en el ámbito de competencia del gobierno autónomo descentralizado parroquial rural; intervenir en la asamblea parroquial y en las comisiones, delegaciones y representaciones que designe la junta

parroquial rural, y en todas las instancias de participación; fiscalizar las acciones del ejecutivo parroquial; y, cumplir aquellas funciones que le sean expresamente encomendadas por la junta parroquial rural, al tenor del artículo 68 del COOTAD, sin que ello signifique que deban cumplir las ocho horas diarias que establece como jornada ordinaria el artículo 25 de la LOSEP.

En cuanto se refiere a la determinación de la jornada de trabajo del Presidente y los Vocales de Juntas Parroquiales, tratándose de un tema que no ha sido regulado en forma expresa por el COOTAD, en aplicación del artículo 22 letra c) de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, que establece como deber de los servidores públicos, cumplir la jornada de trabajo legalmente establecida, se concluye que, al tenor del inciso final del artículo 25 de la LOSEP y de la letra a) del artículo 67 del COOTAD, es responsabilidad de la junta parroquial rural fijar el horario de trabajo de sus miembros, considerando la carga de trabajo que les corresponda atender en relación con sus funciones, sin que para el efecto requiera autorización del Ministerio de Relaciones Laborales, según la excepción establecida por el segundo inciso de la letra a) del artículo 25 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público.

Sin embargo, el horario de trabajo del Presidente y los Vocales de las Juntas Parroquiales deberá guardar proporcionalidad con la remuneración que se le fije, dentro de los pisos y techos remunerativos determinados por el Ministerio de Relaciones Laborales, observando los límites del artículo 358 del COOTAD.

Con relación al horario de trabajo, en oficio No. 01635 de 4 de mayo de 2011, me pronuncié en atención a las consultas formuladas por el Alcalde del cantón Mejía.

OF. PGE. N°: 01905, de 20-05-2011

**MÉDICOS: AÑO RURAL DE MEDICINA
-GRADUADOS EN EL EXTERIOR-**

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA

CONSULTA:

“Si los médicos graduados en Chile deben o no realizar el año de salud rural en nuestro país”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 425.

Ley Orgánica de Salud Art. 197.

Ley Orgánica de Educación Superior Arts. 104 y 126.

Codificación y Recopilación del Régimen de Derecho Internacional Privado num. 11.

Reglamento de Profesionales en el año de servicios de Medicina Rural Art. 10.

Reglamento para el reconocimiento, homologación y revalidación de títulos expedidos en el exterior Art. 8.

PRONUNCIAMIENTO:

Según se desprende del oficio que contesto, así como del informe jurídico del Director de Asesoría Jurídica del Ministerio de Salud, el motivo de la consulta se refiere a si en consideración a la vigencia del “Convenio sobre Mutuo Reconocimiento de Exámenes y de Títulos Profesionales entre Chile y Ecuador”, firmado el 17 de diciembre de 1917, los ciudadanos chilenos, que tengan título profesional de médico otorgado en Chile y quieran ejercer su profesión en el Ecuador, deben o no realizar el año de servicio salud rural conforme lo establece el Art. 197 de la Ley Orgánica de la Salud, o si deben cumplir como único requisito, el comprobar su nacionalidad, la autenticidad del título, su legalidad y la identidad de la persona, de conformidad con el Art. III del mencionado convenio.

El informe jurídico institucional, constante en el memorando No. SAJ-10-2011-0256 de 24 de enero de 2011, se fundamenta en los artículos 425 de la Constitución de la República, Art. III del Convenio de Muto Reconocimiento de Exámenes y Títulos Profesionales entre Chile y Ecuador, Art. 197 de la Ley Orgánica de Salud; y, en el “Reglamento para el reconocimiento de títulos de educación superior en cumplimiento de los acuerdos y convenios internacionales suscritos por el Ecuador”, expedido mediante Acuerdo Ministerial No. 2010-06 de 29 de noviembre del 2010, y publicado en el Registro Oficial No. 342, de 16 de diciembre del mismo año.

En dicho informe, el Director Nacional de Asesoría Jurídica del Ministerio de Salud, concluye manifestando que el Convenio sobre Mutuo Reconocimiento de Exámenes y de Títulos Profesionales entre Chile y el Ecuador, suscrito el 17 de diciembre de 1917 “está sobre cualquier disposición legal contenida en la Ley Orgánica de Salud”; y agrega que “en virtud del Convenio mencionado y avalado

además por el Reglamento también citado, los ciudadanos chilenos que tengan título profesional de médico y quieran ejercer su profesión en nuestro país, únicamente deberán cumplir los requisitos constantes en estos dos instrumentos legales”.

En el Registro Oficial No. 508 de 8 de junio de 1937, fue publicado el Decreto No. 113, por el cual, el Presidente de la República del Ecuador de esa época, aprobó y ratificó el Convenio sobre Mutuo Reconocimiento de Exámenes y de Títulos Profesionales entre la República del Ecuador y la República de Chile, de 17 de diciembre de 1917.

En el numeral 11 de la Codificación y Recopilación del Régimen de Derecho Internacional Privado, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 153 de 25 de noviembre de 2005, se incluye en dicha recopilación, al “Convenio sobre mutuo reconocimiento de Exámenes y de Títulos Profesionales entre el Ecuador y Chile”, cuyo Art. III, establece: “Los abogados, médicos, cirujanos, farmacéuticos, químicos, ingenieros y agrimensores, arquitectos y pedagogos, ciudadanos de cualesquiera de los dos países contratantes, poseedores de títulos adquiridos en forma legal en el Ecuador, serán admitidos al libre ejercicio de su profesión en el territorio de la República de Chile; y respectivamente los ciudadanos ecuatorianos o chilenos poseedores de títulos adquiridos en forma legal en Chile, podrán hacerlos valer en el Ecuador sin otro requisito que el de comprobar su nacionalidad, la autenticidad del título, su legalidad y la identidad de la persona, de conformidad con las leyes y reglamentos respectivos”.

De conformidad con el principio de la jerarquía de las leyes, establecido en el Art. 425 de la Constitución de la República, los tratados y convenios internacionales prevalecen sobre las leyes orgánicas y ordinarias.

Por su parte, el artículo 197 de la Ley Orgánica de la Salud, establece:

“Para la habilitación del ejercicio profesional y el registro correspondiente, los profesionales de salud deben realizar un año de práctica en las parroquias rurales o urbano marginales, con remuneración, en concordancia con el modelo de atención y de conformidad con el reglamento correspondiente en los lugares destinados por la autoridad sanitaria nacional, al término del cual se le concederá la certificación que acredite el cumplimiento de la obligación que este artículo establece.

La autoridad sanitaria nacional en coordinación con organismos seccionales y organizaciones de base, controlará la asignación y el cumplimiento del año obligatorio por parte de los profesionales que cumplen el año de salud rural.

Se prohíbe el ejercicio de la práctica rural en unidades operativas urbanas de segundo y tercer nivel”.

En concordancia con la última disposición citada, el Art. 10 del Reglamento de Profesionales en el año de servicios de Medicina Rural, publicado en el Registro Oficial No. 337 de 31 de mayo de 2001, dispone: “Los profesionales nacionales y extranjeros que no hayan cumplido el año de servicio de salud rural y que hubieren obtenido el título de especialistas, para ejercer su profesión en el país, deben cumplir con las formalidades previstas en la ley y el presente reglamento y; serán asignados por el Director General de Salud, previo criterio técnico de la Dirección Nacional correspondiente, según las necesidades de servicio a la unidad operativa, donde puedan desarrollar su especialidad”.

De los últimos artículos citados, se desprende que la legislación ecuatoriana exige como requisito previo para el ejercicio profesional de los doctores en medicina el cumplir con el año de servicio de salud rural.

De su parte, la Ley Orgánica de Educación Superior, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 298 de 12 de octubre de 2010, dispone que el organismo competente para el reconocimiento, homologación y revalidación de títulos obtenidos en el extranjero, es la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, conforme el Art. 126 de la indicada Ley Orgánica.

En el Registro Oficial No. 342 de 16 de diciembre de 2010, fue publicado el “Reglamento de la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación para el Reconocimiento de Títulos de Educación Superior en Cumplimiento de los Acuerdos y Convenios Internacionales Suscritos por el Ecuador”, expedido por el Secretario Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, cuyo artículo 2, literal a), se refería expresamente al Convenio sobre mutuo reconocimiento de exámenes y de títulos profesionales entre el Ecuador y Chile; sin embargo, el referido Reglamento fue sustituido por el actual “Reglamento para el reconocimiento, homologación y revalidación de

títulos expedidos en el exterior”, expedido mediante Acuerdo de la SENESCYT, No. 2011-001, publicado en el Registro Oficial No. 367 de 20 de enero de 2011, cuyo Art. 8 establece:

“Reconocimiento de un título obtenido en los países con los que el Ecuador mantiene convenios internacionales.- El reconocimiento de un título expedido por una institución de educación superior extranjera perteneciente a los países que tienen convenios internacionales con el Ecuador se registrará de acuerdo a lo que expresa dicha normativa; siempre y cuando el graduado haya realizado sus estudios profesionales en el país con el que se firmó el convenio”.

El artículo citado en último término, dispone que para el reconocimiento de los títulos expedidos en el extranjero, se estará a lo dispuesto en los convenios internacionales suscritos con los países en los cuales fueron expedidos aquellos títulos; por lo tanto, los profesionales en medicina que requieran el reconocimiento de su título profesional al amparo del “Convenio sobre mutuo reconocimiento de Exámenes y de Títulos Profesionales entre el Ecuador y Chile”, que motiva la presente consulta, se rigen por lo establecido en el referido convenio.

Posteriormente, en el Registro Oficial No. 426 de 13 de abril de 2011 fueron publicadas las Reformas al último Reglamento citado, el cual incorpora después de la Disposición General Tercera del precitado Reglamento, la siguiente norma: “SEXTA.- Los expedientes presentados para el reconocimiento de títulos extranjeros conferidos en países con los cuales el Ecuador ha suscrito y aplica convenios internacionales, serán evaluados académica y jurídicamente. El Subsecretario General de Educación Superior de la SENESCYT o su delegado dispondrá el registro en el sistema académico de los títulos que cuenten con informes favorables de estas dos áreas”.

De la última disposición citada, se colige que para el reconocimiento de todos los títulos obtenidos en el exterior bajo el amparo de los convenios internacionales vigentes, suscritos por el Ecuador con cualquier país, entre los cuales se encuentra el “Convenio sobre Mutuo Reconocimiento de Exámenes y de Títulos Profesionales entre Chile y Ecuador”, los expedientes presentados para el reconocimiento de dichos títulos deben ser evaluados académica y jurídicamente antes de ser homologados o revalidados en el Ecuador.

El Art. 104 de la Ley de Educación Superior, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 298 de 12 de octubre de 2010, dispone que el Consejo

de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior, desarrollará un examen de habilitación para el ejercicio profesional, en aquellas carreras que pudieran comprometer el interés público, poniendo en riesgo esencialmente la vida, la salud y la seguridad de la ciudadanía. El último inciso del artículo citado, dispone que el Consejo de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior en coordinación con la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, determinarán la obligatoriedad de este examen y expedirán el permiso respectivo para ejercer la profesión, lo cual concuerda con la Disposición Décima Cuarta del Reglamento para el Reconocimiento, Homologación y Revalidación de Títulos Expedidos en el Exterior, que se refiere a dicho examen.

Sin perjuicio de la anterior, debe tomarse en cuenta que de conformidad con el principio de jerarquía de las leyes establecido en el Art. 425 de la Constitución de la República, el artículo III del “Convenio sobre mutuo Reconocimiento de Exámenes y de Títulos Profesionales entre el Ecuador y Chile”, prevalece sobre el artículo 197 del Código de la Salud. En consecuencia, los profesionales en medicina que requieran el reconocimiento de su título al amparo del mencionado Convenio, se rigen por lo establecido en el mismo.

Por lo tanto, en aplicación del Art. 8 del “Reglamento para el reconocimiento, homologación y revalidación de títulos expedidos en el exterior”, expedido mediante Acuerdo de la SENESCYT, No. 2011-001, publicado en el Registro Oficial No. 367 de 20 de enero de 2011, que dispone que los títulos expedidos por una institución de educación superior extranjera perteneciente a los países que tienen convenios internacionales con el Ecuador se regirá de acuerdo a lo que expresa dicha normativa; los ciudadanos chilenos que tengan título profesional de médico otorgado en Chile y deseen ejercer su profesión en el Ecuador, deben cumplir con el requisito establecido en el Art. III del referido “Convenio sobre mutuo Reconocimiento de Exámenes y de Títulos Profesionales entre el Ecuador y Chile”, esto es, comprobar su nacionalidad, la autenticidad del título, su legalidad y la identidad de la persona.

OF. PGE. N°: 02375, de 20-06-2011

MIEMBROS DE COMISIONES PERMANENTES DEL CONCEJO: PERÍODO DE DURACIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN AMBATO

CONSULTA:

“¿Qué validez jurídica tiene la resolución adoptada por el Concejo Municipal de Ambato con fecha 11 de enero del 2011, mediante la cual se procedió a la designación de los miembros de las comisiones permanentes del Concejo, ya estructuradas en sesión de 4 de agosto del 2009, en razón de la expedición del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, promulgado el 19 de octubre del 2010, pese a que la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, determina que el período para el cual fueron designados los miembros de las comisiones permanentes de los concejos municipales culminan a los dos años de su elección?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 237 num. 3.

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

Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador Disp. Trans. Séptima .

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 57 lits. a) y r), 226, 326, 327.

Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia Disp. Trans. Séptima.

PRONUNCIAMIENTO:

De la copia certificada del Acta No. 071 de la sesión ordinaria del Consejo Municipal de Ambato, de 11 de enero de 2011, remitida en atención a nuestro pedido, se desprende que el Concejo trató y aprobó la reestructuración de las Comisiones Permanentes; y, que dicha Resolución fue comunicada al señor Alcalde de Ambato el 13 de enero de 2011, por el Secretario del Concejo Municipal.

En el texto del Acta del Concejo Cantonal, se menciona: “El Concejo Municipal de Ambato en sesión del martes 11 de enero de 2011 conoció el contenido del oficio SC-DL-11-001 suscrito por el abogado Mario Robayo, Concejal de Ambato y resolvió aprobar la reestructuración de las Comisiones Permanentes”; en la misma Acta consta además, como parte integrante de la resolución, el cuadro que determina los Concejales que fueron designados para integrar las distintas Comisiones.

Del tenor del criterio jurídico se determina que, las comisiones permanentes del Concejo Cantonal de Ambato fueron inicialmente estructuradas por esa

Corporación, en sesión de 4 de agosto de 2009; que han sido, reestructuradas por Resolución adoptada por ese mismo Concejo en sesión de 11 de enero de 2011; y, que la consulta tiene por objeto determinar la validez de dicha Resolución.

El informe jurídico del señor Procurador Síndico Municipal, contenido en oficio No. AJ-11-246 de 21 de enero de 2011, cita la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, que estableció que el periodo para el cual fueron nombrados los miembros de las “comisiones legislativas cantonales”, entre otros dignatarios, “culminan a los dos años de su elección” y sobre dicha base, concluye manifestando que: “En el caso que nos ocupa, la disposición transitoria cuyo texto se ha transcrito contiene un claro pronunciamiento respecto de la duración del período para el cual fueron elegidos los miembros de las comisiones permanentes del concejo, que, en el caso del Concejo Municipal de Ambato, ocurrió el 4 de agosto del 2009, por lo que en la medida en que el sentido de la ley es claro, no admite interpretación alguna, de manera que si se han adoptado decisiones contra ley expresa, estas decisiones carecerían de valor”.

Finalmente el informe jurídico adjunto a su consulta, añade lo siguiente: “El argumento en el sentido de que habiéndose expedido el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, promulgado en el Registro Oficial de 19 de octubre de 2010, por su carácter de orgánico autorizaría la resolución adoptada por el Concejo Municipal, carece de sustento, puesto que la Ley cuyo texto ha sido reproducido, es también una ley orgánica, por lo que atenta la categoría de tal, frente al código orgánico, ha de atenderse al contenido de la disposición y, en el presente caso, dado que las tantas veces señalada disposición transitoria séptima expresamente se refiere al caso de la duración del período de las comisiones permanentes y señala cómo se ha de proceder al término de tal período, por su carácter especial prevalecería a las disposiciones del COOTAD que se refiere a una variedad de asuntos y no en forma expresa al tema que nos ocupa”.

La Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, agregada por Ley No. 1, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 352 de 30 de diciembre del 2010, que ha sido invocada en el informe del señor Procurador Síndico de la Municipalidad de Ambato, prescribe:

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

Al tiempo en que fue expedida la Disposición Transitoria cuyo texto se ha transcrito en el párrafo anterior, diciembre del año 2010, regía ya el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre del 2010; es decir, que la Ley Orgánica Reformatoria de la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, que estableció el período de dos años para los miembros de las comisiones legislativas cantonales, es posterior al COOTAD y tiene idéntico rango.

Es pertinente considerar que la letra r) del artículo 57 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), establece como competencia del Concejo Municipal: “r) Conformar las comisiones permanentes, especiales y técnicas que sean necesarias, respetando la proporcionalidad de la representación política y poblacional urbana y rural existente en su seno, y aprobar la conformación de comisiones ocasionales sugeridas por el alcalde o alcaldesa”.

En concordancia, el artículo 327 del COOTAD, dispone:

“Art. 327.- Clases de comisiones.- Las comisiones serán permanentes; especiales u ocasionales; y, técnicas. Tendrán la calidad de permanente, al menos, la comisión de mesa; la de planificación y presupuesto; y, la de igualdad y género. Los órganos normativos de los gobiernos autónomos descentralizados regularán su conformación, funcionamiento y operación, procurando implementar los derechos de igualdad previstos en la Constitución, de acuerdo con las necesidades que demande el desarrollo y cumplimiento de sus actividades.

La comisión permanente de igualdad y género se encargará de la aplicación transversal de las políticas de igualdad y equidad; además fiscalizará que la

administración respectiva cumpla con ese objetivo a través de una instancia técnica que implementará las políticas públicas de igualdad en coordinación con los Consejos Nacionales de Igualdad de conformidad con la Constitución.

En lo posible, cada concejal o concejala, consejero o consejera pertenecerá al menos a una comisión permanente respetando el principio de equidad de género, generacional e intercultural en la dirección de las mismas”.

En cuanto se refiere a las funciones asignadas a las comisiones, el artículo 326 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, dispone que: “Art. 326.- Conformación.- Los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados, conformarán comisiones de trabajo las que emitirán conclusiones y recomendaciones que serán consideradas como base para la discusión y aprobación de sus decisiones”.

La Disposición Transitoria Vigésimo Quinta del COOTAD, prevé que: “Por disposición constitucional y con el fin de que las elecciones nacionales y locales no sean concurrentes, los siguientes dos períodos de los prefectos o prefectas; viceprefectos o viceprefectas, alcaldes o alcaldesas metropolitanas y municipales, concejales o concejalas metropolitanas y municipales; así como los y las vocales de las juntas parroquiales rurales; por ésta y la próxima ocasión, concluirán sus períodos el día 14 de mayo de 2014 y el día 14 de mayo de 2019”.

De las normas hasta aquí citadas se desprende que de conformidad con la letra r) del artículo 57 del COOTAD, compete al Concejo Cantonal conformar con sus concejales miembros, las comisiones permanentes, especiales y técnicas que requiera para su gestión; y, aprobar la conformación de las comisiones ocasionales que solicite el Alcalde; que dichas comisiones tienen el carácter de asesoras del Concejo, según el artículo 326 *ibidem*; y, que corresponde al propio Concejo Cantonal, al tenor del artículo 327 del COOTAD, regular la conformación, funcionamiento y operación de dichas comisiones. Sin embargo, el COOTAD no ha establecido que los miembros que integran las comisiones, estén sujetos a periodos, materia que ha sido regulada en forma expresa por la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, agregada por Ley Orgánica Reformatoria No. 1, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 352 de 30 de diciembre del 2010.

En consecuencia, la citada Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, agregada por Ley Orgánica Reformatoria No. 1, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 352 de 30 de diciembre del 2010, es aplicable para efectos de determinar el período al que están sujetos los concejales que integran las diferentes comisiones designadas por el Concejo Cantonal, ante la falta de previsión expresa en el COOTAD. Tratándose de una norma de derecho público, la aplicación de la citada Transitoria está sujeta al principio de legalidad, 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”.

Del análisis que precede se concluye que de conformidad con la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, el periodo de los miembros de las comisiones designadas por los Concejos Cantonales, culmina a los dos años de su elección, es decir, el 4 de agosto de 2011 ya que, la conformación de estas comisiones se realizó el 4 de agosto de 2009, según consta de su oficio de consulta. Vencido dicho periodo procede la designación de nuevos miembros por parte del Concejo Cantonal, de conformidad con la letra r) del artículo 57 del COOTAD.

Atentos los términos de su consulta, cumpíame manifestar que la atribución que asignan a este Organismo los artículos 237 numeral 3 de la Constitución de la República y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, no le confieren potestad para determinar la validez jurídica de una resolución específica adoptada por el Concejo Municipal de Ambato, como solicita su consulta.

OF. PGE. N°: 01123, de 29-02-2011

**MIEMBROS DEL DIRECTORIO: SERVICIO DE REFRIGERIO Y EJECUCIÓN
DEL PLAN ANUAL DE COMUNICACIÓN**

ENTIDAD CONSULTANTE: AUTORIDAD PORTUARIA DE MANTA

CONSULTAS:

1. “¿Sobre el marco legal invocado y contando con la correspondiente partida presupuestaria y disponibilidad, cabe que se confiera servicio de refrigerio a los señores miembros del Directorio, durante las sesiones de Directorio legalmente convocadas sea en la entidad o fuera de ella, toda vez que el marco legal portuario determina como facultad, que las sesiones podrán ser convocadas en la institución o en casos especiales fuera de ella, obviamente con los debidos justificativos?”.

2. “¿Sobre el marco legal invocado esto es la Constitución Política de la República (sic), Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público, el Reglamento para la ejecución de Gastos de APM, con su debida reforma, y contando con la respectiva partida presupuestaria y disponibilidad económica, cabe que previo el debido proceso instaurado bajo la responsabilidad del periodista institucional, se apruebe y ejecute el plan anual de comunicación que contempla actividades de publicidad y actividades de comunicación pública, incluyendo además acciones de inversión orientadas a contribuir a mejorar procesos para fortalecer los objetivos y metas portuarias, debidamente justificados?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 229.

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 3, 83, 117 y 125

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Art. 115.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Arts. 2 num. 3, 22 y 24; y, 88, 89 y 90 de su Reglamento.

Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública Arts. 1 y 7.

Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional Arts. 1, 7 y 12.

Ley General de Puertos Art. 4

Mandato Constituyente N° 2 Art. 6.

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

LOAFYC Art. 58 (derogada).

Reglamento de Control de Gastos de Autoridad Portuaria de Manta Art. 10 (reformado).

PRONUNCIAMIENTOS:

1. El Ministerio de Finanzas, en el oficio No. MF-CGJ-2011-023 de 5 de enero de 2011, que contiene su criterio jurídico, concluye que no procede conceder

el servicio de refrigerio a los miembros del Directorio de Autoridad Portuaria de Manta, y al efecto cita el artículo 125 de la Ley Orgánica del Servicio Público, norma que prevé que los miembros de órganos colegiados que no perciban ingresos del Estado, tendrán derecho a recibir dietas de conformidad con las regulaciones que al efecto establezca el Ministerio de Relaciones Laborales.

El artículo 229 de la Constitución de la República establece que serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público, y se remite a la ley para efectos de definir el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público. De conformidad con el artículo 1 de la Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional, los puertos de la República del Ecuador contarán para su administración, operación y mantenimiento como Autoridades Portuarias, organizadas como entidades de derecho público, personería jurídica, patrimonio y fondos propios, y sujetas a las disposiciones de la Ley General de Puertos, de esa presente Ley, y a las normas generales o especiales que afecten su vida administrativa.

El artículo 7 *ibídem*, determina los miembros que integran el Directorio de las Autoridades Portuarias, que son los siguientes: a) Un vocal designado por el Presidente de la República, de entre los componentes de la propuesta en terna formulada por el Consejo Nacional de la Marina Mercante y Puertos, conforme al literal i) del Art. 4 de la Ley General de Puertos; b) El Capitán de Puerto de la respectiva jurisdicción, quien subrogará al Presidente en caso de ausencia; c) Un vocal designado por el Ministerio de Finanzas, con su respectivo suplente; d) Un vocal designado por el Ministro de Industrias, Comercio e Integración, con su respectivo suplente; e) Un vocal designado por el Ministro de Obras Públicas, con su respectivo suplente; f) Dos vocales representantes por parte de los usuarios, con sus respectivos suplentes. La misma norma prevé que para el caso del Puerto de Manta los representantes de los usuarios serán: a) Un representante de las cámaras de la producción, con su respectivo suplente; y, b) Un representante de la Asociación Nacional de Atuneros del Ecuador con su respectivo suplente.

El segundo inciso del citado artículo 7 de la Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional dispone que los vocales determinados en los literales a), c), d), y e) son de libre nombramiento y remoción; y, que los vocales determinados

en el literal f) serán designados cada año, de conformidad con el Reglamento que para el efecto expedirá el Consejo Nacional de la Marina Mercante y Puertos.

De conformidad con la letra j) del artículo 83 de la Ley Orgánica del Servicio Público, son servidores públicos excluidos de la carrera del servicio público “j) Las dignatarias y dignatarios, autoridades o miembros de cuerpos colegiados o de corporaciones a cuyo cargo corre el gobierno de las instituciones del Estado”.

El artículo 117 de la misma Ley, establece que la prohibición de percibir dos o más remuneraciones, se aplica también a los servidores públicos que por designación o delegación formen parte de cuerpos colegiados, por lo que “no se procederá al pago de dietas por su participación en los mismos ni al otorgamiento de ningún otro beneficio adicional”. El segundo inciso de la misma norma exceptúa de la prohibición, “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, músicos profesionales, instructores o facilitadores, si tales programas son desarrollados o auspiciados por una entidad u organismo de los contemplados en el Artículo 3 de esta Ley, siempre que existan disponibilidades presupuestarias y las labores se realicen fuera de la jornada ordinaria de trabajo”. El artículo 125 *ibídem*, que ha sido citado por el Ministerio de Finanzas en su informe jurídico, prescribe que “Aquellos miembros que no percibieren ingresos del Estado y que fueran designados como representantes o vocales a 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.”

El artículo 6 del Mandato Constituyente No. 2, prohíbe a todas las instituciones y entidades sujetas a ese Mandato, la creación o el restablecimiento de complementos remunerativos, bonificaciones y beneficios económicos adicionales, que sumados a los que componen la remuneración mensual unificada, asciendan a un total superior al límite de veinticinco salarios básicos unificados del trabajador privado, fijada como remuneración mensual unificada máxima en el artículo 1 de ese Mandato.

De las normas hasta aquí analizadas se desprende que los miembros del Directorio de Autoridad Portuaria de Manta, son servidores públicos excluidos de la carrera de servicio público, de conformidad con la letra j) del artículo 83 de la Ley

Orgánica del Servicio Público; y, que solo aquellos miembros del Directorio que no percibieren ingresos del Estado, esto es los representantes de las Cámaras de la Producción y de la Asociación de Atuneros del Ecuador, según el artículo 7 de la Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional, que no perciben ingresos del Estado, tienen derecho al pago de dietas, de conformidad con las regulaciones que para el efecto emita el Ministerio de Relaciones Laborales, según el artículo 125 de la LOSEP; y, que está prohibido por el artículo 117 de la misma Ley, que a los miembros de los cuerpos colegiados se les otorgue cualquier otro beneficio adicional (complemento de su remuneración o dieta, según el caso).

La Disposición General Décimo Cuarta de la Ley Orgánica del Servicio Público, prohíbe “el restablecimiento, mantenimiento o creación de rubros o conceptos que impliquen beneficios de carácter económico o material no contemplados en esta ley, en lo relacionado a gastos de personal, de cualquier naturaleza, o bajo cualquier denominación, a excepción de los gastos por transporte, alimentación, guardería y uniformes, los que serán regulados por la norma que el Ministerio de Relaciones Laborales emita para el efecto”.

Sobre la base de la norma transcrita en el párrafo anterior, la Procuraduría General del Estado se ha pronunciado en el sentido de que el refrigerio no integra la remuneración ni es un ingreso complementario sino “un beneficio que las entidades del sector público pueden prestar a sus servidores, de conformidad con la Disposición Transitoria Décimo Cuarta de esa Ley, conforme a las normas que emita al efecto el Ministerio de Relaciones Laborales,” considerando además que el periodo de descanso para el almuerzo no está incluido en la jornada ordinaria de trabajo, según la letra a) del artículo 25 ibidem, y que las instituciones que en forma justificada requieran que sus servidoras o sus servidores laboren en diferentes horarios a los establecidos en la jornada ordinaria, deben obtener la aprobación del Ministerio de Relaciones Laborales.

En el mismo pronunciamiento se ha concluido además que el reconocimiento del beneficio del refrigerio a los servidores públicos a partir de la promulgación de la Ley Orgánica del Servicio Público, procederá siempre que el presupuesto de la respectiva institución pública, incluya la partida específica para el efecto, de conformidad con el artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que dispone: “Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria”.

En consecuencia, en atención a los términos de su consulta se concluye que los miembros que integran el Directorio de Autoridad Portuaria de Manta, perciben remuneración o dietas, según el caso, de conformidad con el artículo 125 de la Ley Orgánica del Servicio Público, esto es ingresos a cargo del Estado; y por tanto, no pueden recibir ningún beneficio adicional, según lo dispone el artículo 117 de la misma Ley, lo que hace jurídicamente improcedente que se les otorgue refrigerio.

2. En el oficio que contiene el criterio jurídico del Ministerio de Finanzas, al que se hizo referencia en los antecedentes de este pronunciamiento, se expone que “si Autoridad Portuaria de Manta incorporó al POA las actividades de publicidad y comunicación pública incluyendo las acciones de inversión, éstas deben cumplirse con cargo a la asignación presupuestaria que para el efecto debe constar en el presupuesto institucional vigente”.

La consulta y el informe jurídico de Autoridad Portuaria invocan únicamente las disposiciones del artículo 17 de la derogada Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público, el artículo 58 de la derogada LOAFYC, citados al inicio de este pronunciamiento; y, el artículo 10 (reformado) del Reglamento de Control de Gastos de Autoridad Portuaria de Manta, cuya copia certificada ha sido remitida en atención a nuestro requerimiento, que dispone:

“La publicidad que la entidad realiza debe constar en el plan anual de publicidad debidamente aprobado por el Directorio. Todo gasto de publicidad debe contener en primer lugar, el informe del servidor a cuyo cargo esté la publicidad de la Entidad, y debe contener un análisis de la conveniencia de éste pago, así como la orden de la Gerencia General, para su publicación en cualquiera de los medios de comunicación correspondientes.

La certificación de disponibilidad presupuestaria debe hacerse en base al Plan de Publicidad”.

El referido Reglamento fue expedido por Resolución No. 150-33 del Directorio de Autoridad Portuaria de Manta, de 6 de agosto de 2009, esto es cuando se encontraba ya en vigencia la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cuyo artículo 2 numeral 3 incluye en el régimen especial establecido en el Reglamento de esa Ley, a los procedimientos precontractuales de las contrataciones cuyo objeto sea la ejecución de actividades de comunicación

social, destinadas a la información de las acciones del Gobierno Nacional o de las Entidades Contratantes.

El informe jurídico ha citado además la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública. El artículo 1 de esa Ley reitera que el acceso a la información pública es un derecho de las personas que garantiza el Estado; y, el artículo 7 de la misma Ley dispone la difusión obligatoria de la información pública institucional determinada en esa norma, a través de un portal de información o página web, así como de los medios necesarios a disposición del público, implementados en la misma institución, con el fin de transparentar la gestión administrativa de las instituciones del Estado.

El Capítulo I del Título III de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece las Normas Comunes a todos los procedimientos de contratación regulados por esa ley, entre ellas, el artículo 22 dispone que las entidades contratantes elaboren el Plan Anual de Contratación, con el presupuesto correspondiente, el mismo que debe ser publicado obligatoriamente en la página Web de la Entidad Contratante dentro de los quince (15) días del mes de enero de cada año e interoperar con el portal COMPRASPUBLICAS. La misma norma prevé que de existir reformas al Plan Anual de Contratación, éstas serán publicadas siguiendo los mismos mecanismos.

El artículo 24 *ibidem*, prescribe que previamente a la convocatoria, las entidades deberán certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación, lo que guarda concordancia con el antes citado artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que dispone que ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria.

El procedimiento aplicable para la celebración de contratos relacionados con comunicación social, sean estos productos comunicacionales, servicios y actividades comunicacionales y su difusión, destinadas a la información de las acciones de las entidades contratantes, está regulado por los artículos 88 y siguientes del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

El artículo 89 *ibídem*, establece los casos en que procede la contratación directa y el procedimiento a observar. El artículo 91 del mismo Reglamento dispone que para este caso, el pago podrá efectuarse una vez difundidos los productos comunicacionales o ejecutadas las actividades o servicios comunicacionales. Por su parte, el artículo 90 del Reglamento en cita, prevé el caso en que la entidad contratante optare por contratar productos y/o servicios comunicacionales, a través de un proceso de selección, y establece el procedimiento aplicable. Según el artículo 89 del Reglamento, se encuentran sujetos al régimen de contratación directa:

- “1. Los estudios para la formulación de estrategias comunicacionales y de información orientada a generar criterios de comunicación, información, imagen y publicidad comunicacional, comprendiendo estos estudios, sondeos de opinión, determinación de productos comunicacionales, medios, servicios, actividades para su difusión y similares.
2. Los medios y espacios comunicacionales a través de los cuales se procederá a la difusión de la publicidad comunicacional.
3. Por excepción, en casos considerados como urgentes, si la unidad responsable de la comunicación, imagen y publicidad institucional considerare que la contratación de los productos o servicios deben efectuarse por contratación directa y así se autorizare por parte de la máxima autoridad de la institución, particular que deberá constar de la respectiva resolución.”

Los artículos 89 y 90 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, confieren a la máxima autoridad o su delegado, competencia para emitir la resolución motivada que faculte acogerse al régimen especial aplicable en materia de comunicación social, así como para adjudicar el contrato o declarar desierto el proceso y disponer el inicio de uno nuevo. El numeral 4 del artículo 90 del Reglamento autoriza a la máxima autoridad apoyarse en una comisión técnica para aplicar los criterios de valoración previstos en los pliegos y seleccionar a la oferta que más convenga a los intereses institucionales.

Es pertinente considerar que de conformidad con el numeral 16 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, máxima autoridad es: “Quien ejerce administrativamente la representación legal de la Entidad Contratante.”, que en el caso de las Autoridades Portuarias es su Gerente, de conformidad con el artículo 12 de la Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional.

Finalmente, el artículo 61 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prevé que “Si la máxima autoridad de la Entidad Contratante decide delegar la suscripción de los contratos a funcionarios o empleados de la entidad u organismos adscritos a ella o bien a funcionarios o empleados de otras entidades del Estado, deberá emitir la resolución respectiva sin que sea necesario publicarla en el Registro Oficial, debiendo darse a conocer en el Portal COMPRASPUBLICAS. Esta delegación no excluye las responsabilidades del delegante”.

Del análisis jurídico que precede se concluye que si el plan anual de comunicación de Autoridad Portuaria de Manta contempla actividades de publicidad y comunicación pública, las respectivas contrataciones, con el presupuesto correspondiente, deberán estar incluidas en el Plan Anual de Contratación de la entidad, de conformidad con el artículo 22 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, su ejecución debe observar el procedimiento correspondiente, establecido en los artículos 89 y 90 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, según la entidad opte por contratación directa o por un proceso de selección, en los casos y forma regulados por esas normas.

Sin embargo, la competencia para aprobar el plan anual de contrataciones así como para llevar adelante los respectivos procedimientos, corresponde al Gerente de la Autoridad Portuaria de Manta, de conformidad con los artículos 89 y 90 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con el numeral 16 del artículo 6 de esa Ley, y el artículo 12 de la Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional, o su delegado, debiéndose en tal caso darse a conocer la delegación en el portal compraspúblicas, sin que ello excluya las responsabilidades del delegante.

En atención a los términos de su consulta se concluye que la existencia de partida presupuestaria no es el único requisito para efectuar contrataciones en materia de comunicación social, sino que para el efecto, Autoridad Portuaria de Manta debe observar el procedimiento determinado en los artículos 89 y 90 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, según el caso, bajo responsabilidad del Gerente de esa entidad o su delegado. En consecuencia, el artículo 10 reformado del Reglamento de Control de Gastos de Autoridad Portuaria de Manta, que confiere al servidor a cuyo cargo esté la publicidad de la entidad, competencia para emitir un informe y análisis de

la conveniencia de efectuar pagos relacionados con actividades de comunicación institucional, debe ser adecuado a la legislación vigente citada en el presente pronunciamiento.

OF. PGE. N°: 00469, de 14-01-2011

MULTAS: COMPENSACIÓN DE VALORES Y ACTA DE ENTREGA RECEPCIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO PROVINCIAL DE SUCUMBÍOS

CONSULTAS:

“...Si es factible realizar una compensación de valores y liberar de las multas a los contratistas y de esta manera realizar el acta de entrega recepción provisional y entregar a las seis comunidades los sistemas de agua potable”; y,

“Es factible que las multas sean objeto de compensación de valores entre el contratante y el contratista, previo acuerdo mutuo de las partes”.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Arts. 1, 45, 54, 70, 71, 74, 75, 77, 92 num. 2, 94, 95, 116 y Disp. Trans. Primera; y, 121 y 125 de su Reglamento.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado Arts. 31 num. 12 y 34 y 54.

Ley de Contratación Pública Arts. 68, 71, 79, 81, 83 num. 3, 104 lits. a) y c), 105 (derogada); y, 111 y 117 de su Reglamento (derogado).

Código Civil Arts. 7 num. 18, 1561, 1595 y 1671.

PRONUNCIAMIENTO:

Como se puede observar, las consultas efectuadas atañen a un mismo tema; no obstante, se relacionan con diferentes contratos, regidos por diferentes normas, en virtud de su fecha de celebración, conforme expongo a continuación:

CONTRATOS SUJETOS A LA DEROGADA CODIFICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU REGLAMENTO GENERAL SUSTITUTIVO.

A fin de atender la consulta formulada en oficio No. 1167 P GPG 10 de 2 de diciembre de 2010, ingresado el 9 de diciembre de 2010, esta Procuraduría

mediante oficio No. 0163 de 22 de diciembre de 2010, le solicitó remitir copias certificadas de los informes de fiscalización de los contratos que motivan su consulta y del oficio No. 001331 de 13 de enero de 2004, que contiene el criterio de la Contraloría General del Estado, lo que fue atendido por el Gobierno Provincial a su cargo, en oficio No. 1222 P GPS 11 de 10 de enero de 2011, ingresado el 11 de enero del mismo año.

Mediante oficio No. 00502 de 14 de enero de 2011, la Procuraduría General del Estado le solicitó la ampliación del criterio jurídico del Procurador Síndico Provincial y remitir el “laudo arbitral” al que se hacía referencia en el oficio No. 534-PS GPS 2010 de 2 de diciembre de 2010, suscrito por el Procurador Síndico Provincial, habiendo recibido respuesta en oficio No. 1330 GADPS-OG-11 de 1 de febrero de 2011.

Adjunto al oficio de consulta No. 1167 P GPS 10 de 2 de diciembre de 2010, usted remitió a la Procuraduría General del Estado copia certificada del Convenio de Cooperación Interinstitucional celebrado entre Petroecuador y el Consejo Provincial de Sucumbíos, para cofinanciar la ejecución de seis proyectos denominados Sistemas de Agua Potable de las Comunidades Los Laureles, Primero de Mayo, Juan Montalvo, La Granito, Virgen del Rosario y Nueva Oriental, por el monto de USD 544.950,39 de los cuales Petroecuador financia la suma de USD 465.769, 56 y dicho Consejo asume el pago del IVA más el tendido de redes.

El Procurador Síndico en el oficio No. 534 PS GPS 2010 de 2 de diciembre de 2010, emitió el criterio jurídico, en el que expresa que como consecuencia del Convenio citado en el párrafo anterior, el Gobierno Provincial de Sucumbíos suscribió seis contratos para la provisión, instalación y arranque de los Sistemas de Agua Potable de las Comunidades Los Laureles, Primero de Mayo, Juan Montalvo, La Granito, Virgen del Rosario y Nueva Oriental. Adicionalmente, el Procurador Síndico Provincial se refiere a un “laudo arbitral”, emitido con motivo de estos contratos, por lo que en oficio No. 00502 de 14 de enero de 2011, la Procuraduría General del Estado le solicitó remitir el “laudo arbitral”, lo que fue atendido en oficio No. 1330 GAPDPS-OG-11 de 1 de febrero de 2011, al que se adjunta el indicado criterio jurídico y los “Informes Arbitrales de fechas 29 de mayo del 2009, 05, 17 y 24 de junio del 2009, 06 y 10 de julio de 2009, elaborados por el Ingeniero Roberto Salomón Cepeda Trujillo, ARBITRO nombrado único para que presente un análisis pormenorizado de todo el proceso de contratación de los Proyectos de Agua Potable de las Comunidades: Los Laureles, Primero de

Mayo, Juan Montalvo, La Granito, Virgen del Rosario y Nueva Oriental del Campo Libertador”, según señala en el indicado oficio de 1 de febrero de 2011.

De la revisión de tales documentos, se establece que no se tratan de “laudos arbitrales”, sino de informes de un perito.

Los contratos materia de su consulta, financiados en base del Convenio de Cooperación Interinstitucional No. 06-PRO-A-2007 celebrado entre Petroecuador y el Consejo Provincial de Sucumbíos, que en copias certificadas han sido remitidos a pedido de este Organismo, son los siguientes:

1. Contrato No. 027 PS GPS 2007, celebrado con la contratista OCCINVERT S.A. el 3 de mayo de 2007, cuyo objeto es la “Provisión, Instalación y Arranque del Sistema de Agua Potable en la Comunidad Virgen del Rosario, Campo Libertador”, por un monto de USD \$ 73.929, 59 (SIN IVA);
2. Contrato No. 028 PS GPS 2007, con la compañía DEVICESA S.A., celebrado el 3 de mayo de 2007, con el siguiente objeto “Provisión, Instalación y Arranque del Sistema de Agua Potable en la Comunidad Juan Montalvo, Campo Libertador, por un monto de USD \$ 77.027,59 (SIN IVA);
3. Contrato No. 029 PS GPS 2007, celebrado con la contratista MOVICORP S.A. el 3 de mayo de 2007, cuyo objeto es la “Provisión, Instalación y Arranque del Sistema de Agua Potable en la Comunidad Los Laureles, Campo Libertador”, por un monto de USD \$ 73.927, 59 (SIN IVA);
4. Contrato No. 074 PS GPS 2007, celebrado con la contratista MOVICORP S.A. el 29 de mayo de 2007, cuyo objeto es la “Provisión, Instalación y Arranque del Sistema de Agua Potable en la Comunidad Nueva Oriental, Campo Libertador”, por un monto de USD \$ 78.571, 34 (SIN IVA);
5. Contrato No. 075 PS GPS 2007, celebrado con la contratista DEVICESA S.A. el 29 de mayo de 2007, cuyo objeto es la “Provisión, Instalación y Arranque del Sistema de Agua Potable en la Comunidad La Granito, Campo Libertador”, por un monto de USD \$ 78.571,34 (SIN IVA);
6. Contrato No. 076 PS GPS 2007, celebrado con la contratista MOVICORP S.A. el 29 de mayo de 2007, cuyo objeto es la “Provisión, Instalación y

Arranque del Sistema de Agua Potable en la Comunidad Primero de Mayo, Campo Libertador”, por un monto de USD \$ 79.817,07 (SIN IVA);

El plazo de ejecución en los citados contratos es de “ciento veinte días calendario”, conforme se estipula en la Cláusula Décima Primera de cada uno de ellos; y, con respecto a las multas, la Cláusula Décima Tercera de los mismos establece:

“En caso de que el Contratista no entregue la obra dentro del plazo estipulado o de las prórrogas legalmente concedidas, pagará al Gobierno Provincial una multa del cinco por mil del valor del contrato, señalado en la cláusula sexta, por cada día calendario de retardo; multa que será descontada automáticamente de los valores pendientes de pago de las garantías, sin perjuicio de lo indicado en la cláusula décima tercera literal d)”. (La cláusula no contiene un literal d)

De la documentación remitida a esta Procuraduría, no consta que se hayan otorgado prórrogas en ninguno de los contratos, a las empresas contratistas.

Atenta la fecha de celebración de los seis contratos previamente citados, éstos se encuentran sujetos a las disposiciones de la derogada Codificación de la Ley de Contratación Pública, y el Reglamento General Sustitutivo del Reglamento General a la misma Ley, de conformidad con el numeral 18 del artículo 7 del Código Civil, que dispone que a los contratos se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, previsión que ha sido recogida por la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el artículo 1 de la Resolución No. 005 de 3 de octubre de 2008, expedida por el Instituto Nacional de Contratación Pública.

El artículo 104 de la derogada Codificación a la Ley de Contratación Pública, incluía entre las causas de terminación anticipada y unilateral de los contratos sujetos a su ámbito de aplicación, las siguientes: “a) Por incumplimiento del contratista;...c) Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento, del contrato”.

En concordancia, el artículo 68 de la misma Ley, disponía que: “Para seguridad del cumplimiento del contrato y para responder de las obligaciones que contrajeran a favor de terceros, relacionados con el contrato, el adjudicatario, antes de la firma del contrato, rendirá garantías por un monto equivalente al cinco por ciento del valor de aquél”.

De conformidad con el artículo 79 de la derogada Ley de Contratación Pública, en los contratos de ejecución de obras, la garantía de fiel cumplimiento se devuelve al momento de la entrega-recepción definitiva real o presunta de la obra.

El Reglamento General Sustitutivo de la derogada Ley de Contratación Pública, aplicable a los contratos que analizo, en su artículo 111 preveía con respecto de la liquidación de los contratos lo siguiente:

“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 debe devolver, por cualquier concepto, aplicando los reajustes correspondientes. A este efecto, podrá procederse a las compensaciones a que hubiere lugar. Si no hubiere acuerdo para efectuar la liquidación del contrato, se procederá en conformidad con los artículos 83 y 84 de la ley.

Esta liquidación final será parte del acta de recepción definitiva.

Los valores liquidados deberán pagarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la liquidación. Vencido este término, causarán intereses legales y los daños y perjuicios que justificare la parte afectada”.

Con relación a la compensación, el artículo 1671 del Código Civil, establece que cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas.

Del contenido del artículo 111 del derogado Reglamento General Sustitutivo a la Ley de Contratación Pública y del artículo 1671 del Código Civil, anteriormente señalados, se establece que al momento de la liquidación de un contrato, la compensación opera en los montos en que las partes sean recíprocamente deudoras entre ellas; es decir, en las cantidades que mutuamente se adeuden, sin perjuicio de que quede como remanente un saldo a favor de cualquiera de ellas.

Del análisis jurídico precedente y en atención a los términos de su consulta, se concluye que por disposición del artículo 111 del Reglamento General Sustitutivo a la Ley de Contratación Pública, al momento de efectuar la liquidación de cada uno de los contratos, es factible realizar la compensación de valores que las partes se adeuden mutuamente. La compensación es una forma de extinguir las

obligaciones, prevista en el numeral 6, del artículo 1583 del Código Civil, que equivale al pago, de manera que no implica en ningún caso, una condonación.

Sin perjuicio de lo expuesto, revisados cada uno de los contratos suscritos en el año 2007, para la provisión, instalación y arranque del sistema de agua potable en las comunidades de Los Laureles, Primero de Mayo, Juan Montalvo, La Granito, Virgen del Rosario y Nueva Oriental del Campo El Libertador (Nos. 027 PS GPS 2007; 028 PS GPS 2007; 029 PS GPS 2007; 074 PS GPS 2007; 075 PS GPS 2007 y 076 PS GPS 2007, en su orden), citados en los antecedentes de este pronunciamiento, se establece que los contratistas han incumplido el plazo contractual para la ejecución y entrega de las obras que según el oficio de consulta, aún no han sido entregadas, ya que conforme señala en su oficio No. 1167 P GPS 10 de 2 de diciembre de 2010, no se ha efectuado la entrega recepción de las obras contratadas, porque los contratistas “tienen multas contractuales del cinco por mil muy onerosas que representan más de siete veces el presupuesto referencial”.

Igualmente, conforme obra de los tres informes técnicos s/n, referentes a los contratos Nos. 027 PS GPS 2007, 028 PS GPS 2007, 029 PS GPS 2007 de fecha 1 de diciembre de 2010; y, del informe técnico de 2 de agosto de 2010, referente a los contratos 074 PS GPS 2007, 075 PS GPS 2007 y 076 PS GPS 2007, suscritos por los Fiscalizadores del Departamento de Obras Públicas del Gobierno Provincial de Sucumbíos, se establece que las obras no fueron concluidas dentro del plazo contractual, lo que ha producido como consecuencia la aplicación de multas por un valor superior a la garantía de fiel cumplimiento del contrato, situaciones que de conformidad con el artículo 104 letras a) y c), de la derogada Ley de Contratación Pública, constituyen causal suficiente para la terminación unilateral y anticipada del contrato, siguiendo el trámite establecido en la misma Ley y su Reglamento de aplicación. En cuanto al estado de cada una de los contratos, los referidos informes señalan:

1.- Informe de 1 de diciembre de 2010, referente al contrato No. 027 PS GPS 2007, celebrado con la contratista OCCINVERT S.A. el 3 de mayo de 2007, cuyo objeto es la “Provisión, Instalación y Arranque del Sistema de Agua Potable en la Comunidad Virgen del Rosario, en el que se señala lo siguiente: “INFORME DEL ESTADO DE LA OBRA: Actualmente la obra se encuentra con un 96,40% de ejecución, faltando solamente la provisión e instalación del transformador.

El contratista debe realizar el arranque del sistema, presentar un análisis bacteriológico del agua la obra y un informe sobre la construcción del pozo, necesario para que pueda ser recibida la obra. Se ha oficiado al contratista para que provea e instale el transformador”. Adicionalmente, establece dicho informe como “Días en mora 1.174 días”.

2.- Informe de 1 diciembre de 2010, referente al contrato No. 028 PS GPS 2007, con la compañía DEVICESA S.A., celebrado el 3 de mayo de 2007, con el siguiente objeto “Provisión, Instalación y Arranque del Sistema de Agua Potable en la Comunidad Juan Montalvo, en el que se indica: “INFORME DEL ESTADO DE LA OBRA: Actualmente esta obra se encuentra concluida, el contratista debe realizar el arranque del sistema, presentar un análisis bacteriológico del agua la obra y un informe sobre la construcción del pozo, necesario para que pueda ser recibida la obra”. Adicionalmente, establece dicho informe como “Días en mora 1.174 días”.

3.- Informe de 1 de diciembre de 2010, respecto del contrato No. 029 PS GPS 2007, celebrado con la contratista MOVICORP S.A. el 3 de mayo de 2007, cuyo objeto es la “Provisión, Instalación y Arranque del Sistema de Agua Potable en la Comunidad Los Laureles, en el que consta lo siguiente: “INFORME DEL ESTADO DE LA OBRA: Actualmente esta obra se encuentra concluida, el contratista debe realizar el arranque del sistema, presentar un análisis bacteriológico del agua y un informe sobre la construcción del pozo, necesarios para que pueda ser recibida la obra”. Adicionalmente, establece dicho informe como “Días en mora 1.174 días”.

4.- Informe de fecha 2 de agosto de 2010, respecto del contrato No. 074 PS GPS 2007, celebrado con la contratista MOVICORP S.A. el 29 de mayo de 2007, cuyo objeto es la “Provisión, Instalación y Arranque del Sistema de Agua Potable en la Comunidad Nueva Oriental, se señala: “INFORME DEL ESTADO DE LA OBRA Actualmente esta obra se encuentra concluida, el contratista debe realizar el arranque del sistema, presentar un informe sobre la construcción del pozo, y el análisis del agua para que pueda ser recibida la obra. // RECOMENDACIÓN: Oficiar al contratista para que proporcione la documentación que se le pide y que se realice el arranque del sistema”.

5.- Informe de fecha 2 de agosto de 2010, sobre el contrato No. 075 PS GPS 2007, celebrado con la contratista DEVICESA S.A. el 29 de mayo de 2007, cuyo objeto es la “Provisión, Instalación y Arranque del Sistema de Agua Potable en la

Comunidad La Granito, se indica: “INFORME DEL ESTADO DE LA OBRA: Hasta la fecha el contratista reinicia los trabajos y tampoco se ha puesto en contacto con esta fiscalización sobre las novedades que existieran”, lo que evidencia que a la fecha de este informe la obra no había sido terminada. // RECOMENDACIÓN: En vista de que el contratista hasta la fecha ha reiniciado la obra, se recomienda declarar de manera unilateral por terminado este contrato y aplicar las medidas que determina la Ley de Contratación Pública”.

6.- Informe de fecha 2 de agosto de 2010, con relación al contrato No. 076 PS GPS 2007, celebrado con la contratista MOVICORP S.A. el 29 de mayo de 2007, cuyo objeto es la “Provisión, Instalación y Arranque del Sistema de Agua Potable en la Comunidad Primero de Mayo, en el que se señala lo siguiente: “INFORME DEL ESTADO DE LA OBRA: El contratista debe suministrar un transformador de 10 Kva, para probar el sistema debe proporcionar un informe sobre la construcción del pozo, análisis de agua.// RECOMENDACIÓN: En vista de que el contratista no ha cumplido con el suministro del transformador que se comprometió entregar hasta el 7 de julio del presente año de acuerdo al acta firmada, se recomienda declarar de manera unilateral terminado el contrato y aplicar las medidas que determine la Ley de Contratación Pública”.

Como se puede apreciar de los informes técnicos s/n que he citado en los seis numerales anteriores, las obras para la Provisión, Instalación y Arranque del Sistema de Agua Potable en las Comunidades Juan Montalvo (Contrato No. 028 PS GPS 2007) y Los Laureles (Contrato No. 029 PS GPS 2007), referidas en dos de los informes de 1 de diciembre de 2010 y constantes en los numerales 2 y 3 de la página 6 de este pronunciamiento, concluyeron fuera del plazo contractual, quedando pendiente el arranque del sistema.

En el caso de la Comunidad Nueva Oriental (Contrato No. 074 PS GPS 2007), según consta del informe de 2 de agosto de 2010, citado en el numeral 4 de esta página del presente pronunciamiento, la obra civil estaba terminada, pero no se había cumplido con la totalidad del objeto del contrato, ya que según expresa el fiscalizador en el indicado informe la “contratista debe realizar el arranque del sistema, presentar un informe sobre la construcción del pozo y el análisis del agua”.

Igualmente, a la fecha de los informes citados en el numeral 1 de la página 5 y en los numerales 5 y 6 de las páginas 6 y 7 de este pronunciamiento, los contratistas no habían concluido las obras relativas a la Provisión, Instalación y Arranque del

Sistema de Agua Potable en las Comunidades Virgen del Rosario, La Granito y Primero de Mayo (Contratos Nos. 027 PS GPS 2007, 075 PS GPS 2007 y 076 PS GPS 2007, respectivamente).

Los artículos 81 y 83 de la derogada Codificación de la Ley de Contratación Pública, que regula estos contratos, así como la Cláusula Décimo Sexta de los contratos materia de análisis, han dispuesto que tanto la recepción parcial, como la recepción definitiva de las obras, se efectúen a pedido del contratista y ante la negativa del contratante de recibir la obra, ha previsto la recepción presunta en el inciso final del artículo 83, con las consecuencias que determina el artículo 84; pero en los casos materia de esta consulta, los contratistas que han terminado las obras (fuera del plazo contractual) no han solicitado su recepción.

De los informes del Fiscalizador, que han sido anteriormente referidos, se observa que hubo incumplimiento del plazo de ejecución de los contratos, en el caso de las obras de las comunidades Juan Montalvo y Los Laureles, que han sido totalmente concluidas, así como en el caso de la Comunidad Nueva Oriental, en que la obra civil esta concluida, pero la “contratista debe realizar el arranque del sistema, presentar un informe sobre la construcción del pozo y el análisis del agua”. Igualmente para los contratos de las obras que según consta de los referidos informes, aún no han sido concluidas, que corresponden a las Comunidades Virgen del Rosario, La Granito y Primero de Mayo, son aplicables las mismas causas de terminación unilateral y anticipada del contrato previstas en el artículo 104, letras a) y c) de la derogada Codificación de la Ley de Contratación Pública, que corresponden al incumplimiento del contratista y multas que superen el valor de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, respectivamente.

Con relación al trámite de terminación unilateral, el artículo 105 de la derogada Ley de Contratación Pública, dispone:

Art. 105.- NOTIFICACION Y TRAMITE.- Antes de proceder a la terminación unilateral, la entidad contratante notificará al contratista, con la anticipación prevista en el contrato, sobre su decisión de terminarlo unilateralmente. Junto con la notificación, se remitirán los informes técnico, económico y jurídico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante y del contratista. La notificación señalará específicamente el incumplimiento o mora en que ha incurrido el contratista y le advertirá que de no remediarlo en el plazo señalado, se dará por terminado unilateralmente el contrato.

Si el contratista no justificare la mora o no remediare el incumplimiento, en el plazo concedido, la entidad contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad de la entidad contratante, que se comunicará por escrito al contratista. La entidad contratante no podrá ejercer este derecho si se encontrare en la situación prevista en el artículo 1595 del Código Civil. La entidad contratante podrá dar por terminado un contrato, aunque exista pendiente de resolución un reclamo judicial o administrativo.

La declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la entidad contratante a establecer el avance físico de la obra, su liquidación financiera y contable, a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y, si fuere del caso, en la parte que corresponda, la garantía por los anticipos entregados más los intereses fijados por el Directorio del Banco Central del Ecuador para los fondos de garantía depositados en el Banco Ecuatoriano de la Vivienda, y a demandar la indemnización de los daños y perjuicios.

Quien hubiere pagado una de las garantías previstas en los literales b) y c) del artículo 73 de esta ley podrá repetir en contra del garantizado, en trámite ejecutivo, para cuyo efecto la entidad contratante devolverá el documento de la garantía bancaria o póliza de seguros con la certificación de la máxima autoridad de la entidad contratante sobre el hecho de haberse pagado su valor o el monto pagado del mismo. La devolución y la certificación se harán constar en el mismo documento, el cual constituirá título ejecutivo”.

Tomando en consideración los hechos relatados y la norma legal aplicable, el Gobierno Provincial de Sucumbíos debió haber expedido las respectivas resoluciones motivadas de terminación unilateral y anticipada de los contratos Nos. 027 PS GPS 2007, 028 PS GPS 2007, 029 PS GPS 2007, 074 PS GPS 2007, 075 PS GPS 2007 y 076 PS GPS 2007 con fundamento en las letras a) y c), del artículo 104 de la derogada Ley de Contratación Pública, vigente al momento de su celebración, que prevén como causal de terminación unilateral del contrato el incumplimiento del contratista y si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, en su orden.

Conforme lo establece el inciso tercero del artículo 105 de la derogada Ley de Contratación Pública, una vez expedida la resolución de terminación unilateral y anticipada, el Gobierno Provincial de Sucumbíos debe establecer el avance físico de las obras ejecutadas y su liquidación financiera y contable y, según

lo establece el artículo 117 del también derogado Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, que en su primera parte preveía lo siguiente: “Art. 117.- En toda terminación de contrato deberán efectuarse las recepciones correspondientes y la liquidación de aquél, en la forma dispuesta por este reglamento...”, al tratarse de una terminación anticipada del contrato, de existir conformidad con las obras construidas, procede también la entrega recepción de los trabajos ejecutados por la compañía contratista y su liquidación final, bajo exclusiva responsabilidad de los funcionarios de esa Entidad.

En el presente caso, según la Cláusula Novena del contrato, el contratista otorgó garantía de fiel cumplimiento del objeto contratado, garantía por la debida ejecución de la obra y garantía de buen uso del anticipo entregado, y al tenor de la Cláusula Décima, para la devolución de tales garantías debe procederse de conformidad con el artículo 79 de la derogada Ley de Contratación Pública, que disponía:

“Art. 79.- DEVOLUCION DE LAS GARANTIAS.- En los contratos de ejecución de obras, la garantía de fiel cumplimiento se devolverá al momento de la entrega recepción definitiva, real o presunta, y la garantía por la debida ejecución de la obra, será devuelta a la entrega recepción provisional, real o presunta.

En los contratos de adquisición de bienes las garantías se devolverán a la firma del acta recepción definitiva. En los demás casos, se estará a lo estipulado en el contrato.

Si por la naturaleza del contrato, hubiere la posibilidad de recepciones parciales, las garantías se reducirán en igual porcentaje que dicha recepción parcial”.

La ejecución de la garantía de fiel cumplimiento del contrato procede en el evento de terminación unilateral del contrato, según el artículo 105 de la derogada Ley de Contratación Pública, de llegarse a determinar incumplimiento de las obligaciones del contratista, que derivan en la terminación unilateral, pues conforme lo establecía el artículo 68 de la Ley de Contratación Pública derogada, dicha garantía tiene como finalidad garantizar el cumplimiento del contrato y las obligaciones que se contrajeren con terceros, relacionadas con el contrato.

En el caso de los seis contratos de obra a los que se refiere esta consulta, al expedirse en cada caso la correspondiente resolución motivada de terminación unilateral y anticipada de tales contratos, el gobierno autónomo descentralizado a su cargo debe ejecutar la garantía de fiel cumplimiento del contrato.

En cuanto se refiere a la garantía de buen uso del anticipo, el Gobierno Autónomo Descentralizado a su cargo deberá asegurarse previamente, en la liquidación económica final que practique por concepto de los trabajos que han sido efectivamente ejecutados, que los valores que entregó por tal concepto han sido devengados en su totalidad y, de haber valores no amortizados en obra procederá, en primer término, a descontarlos de cualquier pago pendiente que tenga respecto de la obra efectivamente ejecutada, y si no alcanzaren dichos valores para efectuar el descuento requerido procederá a ejecutar la garantía de buen uso del anticipo, en la parte no devengada, conforme lo prevé el mismo inciso tercero del artículo 105 de la derogada Ley de Contratación Pública, antes citado, en concordancia con el artículo 83, numeral 3, del también derogado Reglamento General Sustitutivo de la Ley de Contratación Pública.

Sobre esta materia es pertinente considerar que el segundo inciso del artículo 76 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas dispone que: “Los anticipos correspondientes a la contratación pública no pierden su calidad de recursos públicos, hasta el momento de ser devengados”.

Finalmente, en lo referente a la garantía por la debida ejecución de la obra, que estaba prevista en el artículo 71 de la derogada Ley de Contratación Pública, con la finalidad de asegurar la debida ejecución de la obra y la buena calidad de los materiales utilizados en la misma, para asegurar las eventuales reparaciones o cambios de aquellas partes de la obra en que se descubran defectos de construcción, mala calidad o incumplimiento de las especificaciones, imputables al contratista, ésta se mantendrá también vigente hasta que se suscriba el Acta de Entrega Recepción y Liquidación Final del contrato.

A su vez, el artículo 117 del Reglamento General Sustitutivo de la Ley de Contratación Pública, determina que en toda terminación de contrato deberán efectuarse las recepciones correspondientes y la liquidación de aquél, en la forma dispuesta en este Reglamento, exceptuados los casos de terminación de contratos sujetos a la resolución del Juez competente, evento en el cual las liquidaciones se realizarán judicialmente, por lo que en el Acta de Entrega Recepción y Liquidación Final del contrato, que debe suscribirse conforme el indicado artículo 117, se dejará constancia de la liquidación y devolución de las garantías otorgadas por el contratista.

Esta Procuraduría, mediante oficio No. 16251 de 31 de agosto de 2010, se ha pronunciado con respecto a la aplicación de multas, en el siguiente tenor:

“Del análisis jurídico que se ha efectuado se concluye que no existe un límite al valor de las multas que se pueden imponer al contratista, durante la etapa de ejecución; por tanto, compete a la entidad contratante determinar la oportunidad y conveniencia de aplicar en un contrato específico, la disposición contenida en la letra c) del artículo 104 de la derogada Ley de Contratación Pública, que establece que si las multas “superan” la garantía de fiel cumplimiento (5% del valor del contrato) se configura la causal de terminación unilateral y anticipada del contrato.

Lo dicho impone a la entidad contratante, la obligación de supervisar en forma minuciosa la ejecución de las obras objeto del contrato, a efectos de adoptar todas las medidas para que sean ejecutadas con estricto cumplimiento de las estipulaciones, costos y plazos contractuales, de conformidad con el artículo 54 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado”.

El artículo 54 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado dispone:

“Art. 54.- Responsabilidad en los procesos de estudio, contratación y ejecución.- Las autoridades, dignatarios, funcionarios y servidores que tengan a su cargo la dirección de los estudios y procesos previos a la celebración de los contratos públicos, tales como de construcción, provisión, asesoría, servicios, arrendamiento, concesiones, delegaciones, comodato y permuta, serán responsables por su legal y correcta celebración; y aquellos a quienes correspondan las funciones de supervisión, control, calificación o dirección de la ejecución de los contratos, serán responsables de tomar todas las medidas necesarias para que sean ejecutadas con estricto cumplimiento de las estipulaciones contractuales, los programas, costos y plazos previstos.

La Contraloría General del Estado establecerá las responsabilidades a que hubiere lugar en esta materia”.

En tal virtud, es conveniente que se requiera a la Contraloría General del Estado, el inicio de un examen especial de auditoría de todos los proyectos en sus diferentes etapas, incluyendo las de contratación, liquidación y pago de las obras que motivan el presente pronunciamiento, ya que las responsabilidades,

de haberlas, deberán ser determinadas a través de la auditoría de la Contraloría General del Estado, de conformidad con el último inciso del Art. 54 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y los numerales 12 y 34 del artículo 31 de la misma Ley.

CONTRATO SUJETO A LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU REGLAMENTO GENERAL DE APLICACIÓN.

CONTRATO No 007-PS-GPS-2009, PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UN BLOQUE DE CUATRO AULAS CON LOSA PARA LA ESCUELA F. M. SEBASTIÁN DE BENALCÁZAR, PARROQUIA EL ENO, CANTON LAGO AGRIO.

A fin de atender la consulta formulada en oficio 1175 P GPS 10 de 6 de diciembre de 2010, ingresado el 9 de diciembre de 2010, la Procuraduría General del Estado, mediante oficio No. 00105 de 17 de diciembre de 2010, le solicitó remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado, así como toda la documentación relacionada con su consulta.

Mediante oficio 1222 P GPS 11 de 10 de enero de 2011, en atención al requerimiento de esta Procuraduría, se remitió copia certificada del oficio No. 001331 DICOP de 13 de enero de 2004, que contiene el pronunciamiento de la Contraloría General del Estado, citado en el criterio jurídico anexado a su consulta.

Al oficio de consulta citado en primer término, se anexó copia certificada del contrato celebrado el 2 de febrero de 2009, entre el Gobierno Provincial de Sucumbíos y la Ing. Marit Patricia Macas Romero, para la construcción de un bloque de cuatro aulas con losa para la Escuela F.M. Sebastián de Benalcázar, por el valor de USD 91.437, 60.

La Procuraduría General del Estado, con oficio No. 00503 de 14 de enero de 2011, le requirió la ampliación del criterio jurídico, con relación al procedimiento de terminación unilateral del contrato motivo de consulta, lo que mereció la respuesta contenida en oficio No. 1324 P GPS 11 de 31 de enero de 2011, ingresado el 10 de febrero del mismo año.

En el criterio jurídico, constante en oficio No. 538 PS GPS 2010 de 6 de diciembre de 2010, suscrito por el Procurador Síndico Provincial, con fundamento en el

artículo 1561 del Código Civil, que prevé que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes y el artículo 92 numeral 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que establece como causa de terminación de los contratos regidos por dicha Ley, el mutuo acuerdo de las partes, concluye manifestando el siguiente criterio:

“Por lo expuesto, considero que si bien todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes y sus cláusulas deben ser aplicadas de manera obligatoria, sin embargo, en casos que se tenga que ponderar entre la necesidad social y el tecnicismo legal de exigir el pago de las multas, es preferible hacer uso del consentimiento mutuo para llegar a un acuerdo, tomando en cuenta, que según el informe técnico y demás documentos que se acompaña, la obra está concluida, sin observación de ninguna naturaleza y prestando servicio a la colectividad educativa, por lo que sería pertinente que se llegue a una compensación de valores; esto es, que se libere del pago de las multas a los contratistas, siempre y cuando ellos renuncien al saldo del 30% que tienen que recibir por la construcción de la totalidad de la obra, a cualquier reajuste y a cualquier reclamo que por derechos les corresponda. Esto con el fin de evitar entrar en procesos administrativos y judiciales de terminación unilateral del contrato mencionado, lo que conllevaría un gasto de tiempo y dinero de la Corporación Provincial.

Es necesario indicar que la Contraloría General del Estado, mediante el Oficio No. 001331 DICOP de 13 de enero de 2004, se pronunció al respecto, en la que “en el caso de que existan disposiciones que no respondan a la realidad de los hechos o establezcan requisitos que no son factibles de aplicar, de común acuerdo las partes podrán determinar, en el caso de multas, la sanción que sea aplicable y que refleje la compensación adecuada por los retrasos incurridos”.

El contrato de la referencia, al tenor de su Cláusula Quinta, tiene por objeto la construcción de un bloque de cuatro aulas con losa para la escuela F.M. Sebastián de Benalcázar, Parroquia El Eno, Cantón Lago Agrío, con un plazo total de ejecución de ciento veinte días calendario, conforme la Cláusula Novena, del mismo contrato.

Según se expresa en el memorando No. 231- PS-GPS-10 de 25 de mayo de 2010, suscrito por el Procurador Síndico Provincial y dirigido al Director de Obras Públicas y Fiscalización, que se anexa al oficio de consulta, el “...21 de enero del

2010, las 09H55, en el Departamento de Sindicatura se procedió a notificar con la tercer boleta al Ing. Sergio Solano...esposo de la Ing. Macas Romero Marit Patricia... “se le entregó el oficio No. 174- PS- GPS- 09, que contiene el auto inicial de terminación unilateral del contrato, así como también se le entregó los informe técnico y económicos que establece el incumplimiento en que ha incurrido dicha contratista, a quien se le concedió un término improrrogable de diez (10) días, contratos a partir de la notificación” ...caso contrario se daría por terminado unilateralmente el contrato por incumplimiento de la obra, como así lo establece la Cláusula Vigésima Segunda del contrato en referencia, en concordancia con lo dispuesto en el Art. 45 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento”.

En memorando No. 252-FIS- OO.PP.–CONSTRUC-2010 de 15 de noviembre de 2010, dirigido al Director de Obras Públicas por el Arq. Luis Lascano, Fiscalizador de la Obra, se emite el Informe Técnico Económico del Contrato No. 007- PS- GPS-2009 actualizado al mes de agosto de 2010, que en la letra B- “ Análisis de Plazo” – B- 1.- MORA CONTRATISTA: 422 días.- B- 2.- MULTA expresa que: “De acuerdo a la Cláusula contractual DÉCIMO PRIMERA “MULTAS” Si el contratista no terminare la obra dentro del plazo estipulado en el contrato, pagará una multa equivalente al 5/1000 (cinco por mil) del valor total del contrato, por cada día de retardo, esto es USD. 457.19, y considerando que el contratista tiene una mora de 422 días, contabilizada desde el inicio de obra 2009-02-11, hasta la fecha de constatación por parte de fiscalización 2010-08-06, la multa alcanza el valor de USD. 192.934.18”.

En el rubro C-3 del Informe Técnico Económico citado, “RESUMEN DE VALORES”, se establece que no existe saldo de anticipo devengado; que existe un valor de reajuste del anticipo a favor del contratista por USD 320.03; y, un reajuste de saldo a favor del contratista por USD 167.15, con un saldo total a favor del contratista de USD 487.18; y, que según consta del mismo informe, la multa al contratista por 422 días a razón de USD 457.19 diarios da un total de USD 192.934.18 que restado de USD 487.18 que es el saldo a favor del contratista, da un valor TOTAL a reintegrar a la institución por concepto de MULTA de USD 192.447.00.

Con fecha 24 de noviembre de 2010, la Ing. Marit Macas Romero constructora de la mencionada obra le solicita a usted que le libere del pago de la multa de

USD. 192.934.18, la cual le es imposible cancelar considerando que la obra está construida, en pleno servicio sin ninguna falencia técnica en su construcción, realizada con los mejores materiales de la zona, hecho que lo corrobora el Fiscalizador de la obra.

De los antecedentes que he señalado se determina que la contratista ha incurrido reiteradamente en mora en la ejecución del contrato, lo que ha dado lugar a la imposición de las multas previstas en el mismo y de conformidad con el memorando No. 231-PS-GPS-10 de 25 de mayo de 2010, suscrito por el Procurador Síndico Provincial y dirigido al Director de Obras Públicas y Fiscalización, que en copia certificada se ha remitido a este Organismo, se establece que el Gobierno Provincial de Sucumbíos inició el procedimiento de terminación unilateral y anticipada del contrato.

La Cláusula Vigésima Segunda del contrato, prevé la terminación del contrato y en el numeral 22.03 de la misma cláusula, se establece la terminación unilateral del mismo; y, la Cláusula Décima Primera del contrato citado, respecto a las multas estipula lo siguiente:

“CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA.- MULTAS.-

(El porcentaje para el cálculo de las multas determinará la Entidad en función del incumplimiento y del proyecto).

11.01.- Por cada día de retardo en la terminación de los trabajos, se aplicará la multa del cinco por mil del valor total del contrato.

11.02.- Por no ubicar el Equipo Mínimo de acuerdo al Cronograma o retirarlos sin causa justificada y sin la autorización respectiva, se aplicará la multa diaria del cinco por mil por el valor del contrato.

11.03.- La Contratante sancionará al Contratista, con multa diaria equivalente al cinco por mil del valor del contrato, en los siguientes casos:

- 1) Si no dispone del personal técnico u operacional del equipo, de acuerdo a los compromisos contractuales.
- 2) Si el contratista no acatare las órdenes de la fiscalización y durante el tiempo que dure este incumplimiento.

11.04.- Los valores de las multas serán deducidos del valor de la planilla correspondiente al mes en que se produjo el hecho que motiva la sanción.

11.05.- Si el valor de las multas impuestas excede del 5% del monto total del contrato, el contratante podrá darlo por terminado anticipada y unilateralmente.

Las multas impuestas no serán revisadas ni devueltas por ningún concepto.

Si la Contratante se encontrare en mora en el pago de sus obligaciones, no podrá aplicar multa alguna al Contratista, por así disponerlo el Artículo 1583 del Código Civil”.

El contrato que motiva esta consulta, conforme quedó establecido, se suscribió el 2 de febrero de 2009, entre el Gobierno Provincial de Sucumbíos y la Ing. Marit Patricia Macas Romero; es decir, en vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su Art. 70, respecto de la administración del contrato, dispone que éste contendrá estipulaciones específicas relacionadas con las funciones y deberes de los administradores del contrato, así como de quienes ejercerán la supervisión o fiscalización; agrega que, en el expediente se hará constar todo hecho relevante que se presente en la ejecución del contrato, de conformidad con lo que se determine en el Reglamento, en especial se referirán a los hechos, actuaciones y documentación relacionados con pagos, contratos, complementarios; terminación del contrato; ejecución de garantías; aplicación de multas y sanciones; y, recepciones.

En el Art. 121 del Reglamento citado, se prevé que en todo contrato la entidad contratante designará de manera expresa un administrador del mismo, quien velará por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato; adoptará las acciones que sean necesarias para evitar retrasos injustificados e impondrá las multas y sanciones a que hubiere lugar.

En el Art. 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, entre las cláusulas obligatorias se establece que en los contratos sometidos a esta Ley se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas, así como una relacionada con el plazo en que la entidad deberá proceder al pago del anticipo,

en caso de haberlo, el que no podrá exceder del término de treinta (30) días; y, que las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimiento de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán en relación directa con el monto total del contrato y por cada día de retraso; y, concluye la norma citada que las multas impuestas al contratista pueden ser impugnadas en sede administrativa, a través de los respectivos recursos, o en sede judicial o arbitral.

El inciso final del Art. 74 de la Ley Orgánica en estudio, expresa que con cargo a la garantía de fiel cumplimiento se podrá efectivizar las multas que le fueren impuestas al contratista.

Como causa de terminación anticipada y unilateral del contrato por parte de la entidad contratante, el Art. 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece lo siguiente:

“Art. 94.- Terminación Unilateral del Contrato.- La Entidad Contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos a que se refiere esta Ley, en los siguientes casos:

1. Por incumplimiento del contratista;
2. Por quiebra o insolvencia del contratista;
3. Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato;
4. Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta (60) días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito;
5. Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta Ley;
6. En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza; y,
7. La Entidad Contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato. En este caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido.

En este último caso, el contratista tiene la obligación de devolver el monto del anticipo no amortizado en el término de treinta (30) días de haberse notificado la terminación unilateral del contrato en la que constará la liquidación del anticipo, y

en caso de no hacerlo en término señalado, la entidad procederá a la ejecución de la garantía de Buen Uso del Anticipo por el monto no devengado.

El no pago de la liquidación en el término señalado, dará lugar al pago de intereses desde la fecha de notificación; intereses que se imputará a la garantía de fiel cumplimiento del contrato”.

El Art. 95 *ibídem* determina el trámite para proceder a la terminación unilateral del contrato.

De la documentación remitida a esta Procuraduría, no consta que la entidad contratante hubiere otorgado prórrogas a la contratista y de conformidad con el memorando No. 252- FIS-OO.PP –CONSTRUC-2010 de 15 de noviembre de 2010, suscrito por el Fiscalizador de la obra y citado en líneas anteriores, se establece una demora de la contratista Ing. Marit Patricia Macas Romero, en la culminación de la obra de 422 días.

El Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el Art. 116 norma que para la determinación de multas que se podrían imponer al contratista se considerará el valor total del contrato incluyendo el reajuste de precios que corresponda y sin considerar los impuestos.

A su vez, el artículo 125 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone que en la liquidación económico contable del contrato se dejará constancia de lo ejecutado, se determinarán los valores recibidos por el contratista, los pendientes de pago o los que deban deducírsele 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; y, que los valores liquidados deberán pagarse dentro de los diez días siguientes a la liquidación; vencido el término causarán intereses legales y los daños y perjuicios que justificare la parte afectada, sin perjuicio de que quede como remanente un saldo a favor de cualquiera de ellas.

Del análisis jurídico precedente, en atención a los términos de su segunda consulta, de conformidad con el artículo 125 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se concluye que es factible que las multas sean objeto de compensación de valores entre el

contratante y el contratista, previo acuerdo mutuo de las partes, en los montos en que sean recíprocamente deudoras la entidad contratante y la contratista.

Al igual que en la primera parte de esta absolción de consulta, se aclara que la compensación es una forma de extinguir las obligaciones, prevista en el numeral 6, del artículo 1583 del Código Civil, que equivale al pago, de manera que no implica en ningún caso, una condonación.

Adicionalmente a lo señalado, de conformidad con la Cláusula Octava del contrato suscrito entre el Gobierno Provincial de Sucumbíos y la Ing. Macas Romero, y los artículos 74 y 75 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la contratista ha rendido garantía de fiel cumplimiento del contrato y de buen uso del anticipo, correspondiendo la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento, al tenor del numeral 8.03 de la Cláusula Octava del contrato, numeral 1, a) “Cuando la Contratante declare anticipada y unilateralmente terminado el contrato por causas imputables al contratista”.

Según consta del memorando No. 231-PS-GPS-10 de 25 de mayo de 2010, referido en los antecedentes de esta consulta, suscrito por el Procurador Síndico Provincial, anexo al oficio de consulta, el Gobierno Provincial de Sucumbíos inició el proceso de terminación unilateral del contrato materia de este análisis, al amparo de los numerales 1 y 4 del artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. En tal virtud, corresponde a la Prefectura continuar con el procedimiento previsto en el artículo 95 *ibidem* y resolver si procede o no la terminación unilateral del contrato y, de ser procedente, establecer el avance físico de la obra, su liquidación financiera y contable. En la liquidación del contrato, según dispone el artículo 125 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se puede realizar la compensación de valores que las partes se adeuden mutuamente, sin que esto implique una condonación no permita por la ley.

Sobre la devolución de garantías, el artículo 77 de la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prevé:

“Art. 77.- Devolución de las Garantías.- En los contratos de ejecución de obras, la garantía de fiel cumplimiento se devolverá al momento de la entrega recepción definitiva, real o presunta. En los demás contratos, las garantías se devolverán a la firma del acta recepción única o a lo estipulado en el contrato”.

En cuanto se refiere a la garantía de buen uso del anticipo, el Gobierno Autónomo Descentralizado a su cargo deberá asegurarse previamente, en la liquidación económica final que practique por concepto de los trabajos que han sido efectivamente ejecutados, que los valores que entregó por tal concepto han sido devengados en su totalidad y, de haber valores no amortizados en obra, procederá, en primer término, a descontarlos de cualquier pago pendiente que tenga respecto de la obra efectivamente ejecutada, y si no alcanzaren dichos valores para efectuar el descuento requerido procederá a ejecutar la garantía de buen uso del anticipo, en la parte no devengada, conforme lo prevé el último inciso del artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con el artículo 146 del Reglamento General de la indicada Ley Orgánica.

Igualmente, es aplicable al caso el artículo 76 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, citado al atender en la primera consulta, que determina que los anticipos correspondientes a la contratación pública no pierden su calidad de recursos públicos hasta el momento de ser devengados.

Adicionalmente, y sin perjuicio de la competencia de la Contraloría General del Estado para determinar responsabilidades en base del último inciso del Art. 54 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y los numerales 12 y 34 del artículo 31 de la misma Ley, para evitar que se vuelvan a suscitar circunstancias como las analizadas en este pronunciamiento, deberá instruirse a los funcionarios y fiscalizadores del Gobierno Provincial, sobre la necesidad de alertar oportunamente sobre los eventuales incumplimientos en los plazos de ejecución de los contratos, para que de conformidad con las normas que rigen la contratación pública, la Autoridad pueda proceder de manera oportuna a arbitrar las medidas que fueren pertinentes, en salvaguarda del interés público.

OF. PGE. N°: 01256. de 06-04-2011

**MULTAS: ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO
-PAGO DE PLANILLAS PENDIENTES -**

ENTIDAD CONSULTANTE: CUERPO DE INGENIEROS DEL EJÉRCITO

CONSULTA:

“Si de acuerdo al precepto legal constante en el artículo 1561 y 1567 de la codificación del Código Civil, procede o no el pago de la multa impuesta por

el fiscalizador en la obra por el retraso en la ejecución de los trabajos, habida cuenta que conforme lo indicado en el presente documento las planillas fueron canceladas tardíamente contabilizándose 1541 días en total de retraso en los pagos, siendo un agravante más, que el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, incluso a la fecha de terminación de los contratos tenía planillas pendientes de pago al Cuerpo de Ingenieros del Ejército”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 226.

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

Ley de Contratación Pública Arts. 115 (derogada); y, 72, 73, 111 de su Reglamento (derogado).

Código Civil Arts. 7, 1541, 1561, 1567 y 1568.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 681 de 28 de febrero de 2011, este Organismo solicitó al Cuerpo de Ingenieros del Ejército, la remisión del criterio jurídico de esa entidad, de conformidad con el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, así como copia certificada de los informes de Fiscalización y de toda documentación relacionada con el tema de la consulta. Dicho requerimiento ha sido atendido mediante oficio No. 11-CEE-C14-0808 de 14 de abril de 2011, recibido el 19 de abril del presente año.

Adjunto al oficio No. 11-CEE-C14-0898 de 27 de abril de 2011, recibido el 2 de mayo del presente año, el Cuerpo de Ingenieros del Ejército, remite como alcance a su consulta, copia certificada del Acta de constancia de asistencia a la recepción provisional del contrato para la construcción de seis puentes en la carretera Guamote Macas, celebrado con el Ministerio de Transporte y Obras Públicas.

A fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficio No. 682 de 28 de febrero de 2011, se requirió al Ministerio de Transporte y Obras Públicas, la remisión del criterio institucional de esa Cartera de Estado, sobre la consulta formulada por el Cuerpo de Ingenieros del Ejército. Mediante oficio No. 01128 de 29 de marzo de 2011, este Organismo insistió en el requerimiento.

En oficio No. CGJ-11-78-OF de 8 de abril de 2011, recibido el 11 de abril del presente año, suscrito por el Coordinador General Jurídico del Ministerio de

Transporte y Obras Públicas, se expone que esa Secretaría de Estado consultó a la Procuraduría General del Estado sobre la procedencia de determinar multas en los contratos celebrados entre ese Ministerio y el Cuerpo de Ingenieros del Ejército, el 10 de abril de 2003 y el 21 de junio de 2007, a los que se refiere la actual consulta del Cuerpo de Ingenieros del Ejército, habiéndose obtenido el pronunciamiento contenido en oficio No. 14783 de 18 de junio de 2010, que fue puesto en conocimiento de las unidades técnicas y funcionarios que administran los contratos para su observación y cumplimiento.

El pronunciamiento de la referencia estuvo referido al pago del anticipo y su reajuste en relación con el inicio del plazo de ejecución de los contratos de obra celebrados por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas con el Cuerpo de Ingenieros del Ejército, para efectos de determinar si existía o no mora del contratista que de lugar a la imposición de multa, habiéndose concluido que: “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”.

En el mismo pronunciamiento se examinó que “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”.

Del oficio que contiene la actual consulta del Cuerpo de Ingenieros del Ejército, se desprende que Fiscalización ha resuelto imponer una multa de USD 254.079,28 equivalente al 13,6% del monto del contrato, aduciendo un retraso en la entrega de las obras, de 68 días por parte de la contratista.

Por otro lado, en el oficio que contiene la consulta del Cuerpo de Ingenieros del Ejército se argumenta que, entre la fecha en que debieron ser pagadas las planillas y la fecha de pago de las mismas, existen 1.541 días en total de retraso en los pagos por parte del Ministerio de Transporte y Obras Públicas.

Concluye la consulta exponiendo que el Cuerpo de Ingenieros del Ejército es una institución del Estado, no tiene fines de lucro y por tanto maneja precios unitarios con mínimos márgenes de utilidad que permiten la renovación de su maquinaria y el pago de gastos administrativos.

El informe jurídico del Cuerpo de Ingenieros del Ejército, contenido en documento sin número ni fecha, remitido en atención a nuestro pedido, como anexo al oficio No. 11-CEE-C14-0808 de 14 de abril de 2011, en el numeral 10 expone que: “En el contrato suscrito entre el Cuerpo de Ingenieros del Ejército y el Ministerio de Transporte y Obras Públicas se establece que el Ministerio deberá cancelar las planillas en 60 días a partir de la fecha de presentación de las mismas, sin que esto se haya cumplido causando perjuicio económico el (sic) Cuerpo de Ingenieros del Ejército”.

El informe jurídico cita los artículos 1561 y 1568 del Código Civil y concluye que: “... al no haber cancelado el Ministerio de Transporte y Obras Públicas oportunamente las planillas al CEE, se encontraría en mora de cumplir con esta obligación contractual, al tenor de lo previsto por el Art. 1567 numeral 1 de la Codificación del Código Civil, que en su parte pertinente prevé que: “el deudor está en mora. 1.- cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, por lo que no procederían el cobro de multas por parte del MTOP al Cuerpo de Ingenieros del Ejército”.

De la copia certificada del contrato materia de consulta, que consta en los archivos de este Organismo se desprende que el Ministerio de Transporte y Obras Públicas suscribió con el Cuerpo de Ingenieros del Ejército, el contrato para la Construcción de seis puentes en la carretera Guamate Macas, el 21 de junio de 2007, esto es durante la vigencia de la derogada Ley de Contratación Pública. El plazo de ejecución de las obras fue de 18 meses contados a partir de la entrega del anticipo según la cláusula undécima del contrato; y, según la cláusula séptima, el valor del contrato fue de USD 1'868.230,77.

En la cláusula octava del contrato se estipula el pago de un anticipo del 40% del valor del contrato, y el saldo en planillas mensuales debidamente aprobadas por Fiscalización, según el numeral 8.03. El numeral 8.09 de la misma cláusula establece el plazo para el pago de las planillas, previendo que:

“La Entidad tendrá un plazo máximo de sesenta (60) días para realizar el pago de las planillas, contados a partir de la fecha de la aprobación real o tácita de la planilla por parte de la Fiscalización.

Si la Entidad demorare más de sesenta (60) días en el pago de las planillas a partir de la fecha de la aprobación real o tácita de la planilla por parte de la

Fiscalización, el contratista tendrá derecho a suspender la ejecución de los trabajos y a demandar la terminación del contrato, de conformidad con lo estipulado en la cláusula Vigésimo Segunda, numeral 22.05, subnumeral 22.05.1”.

Por la fecha en que el contrato materia de consulta fue suscrito, le es aplicable la derogada Codificación de la Ley de Contratación Pública y su Reglamento, vigentes al tiempo de su celebración, de conformidad con el numeral 18 del artículo 7 del Código Civil, que dispone que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, y el artículo 1 de la Resolución INCP No. 005-08 de 3 de octubre de 2008, publicada en el Registro Oficial No. 445 de 14 de octubre de 2008, que dispuso que todo contrato que tenga por objeto la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, otorgados antes de la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se registrará por sus estipulaciones y por las normas de derecho vigentes a la fecha de su celebración.

El artículo 72 del derogado Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, disponía que en todo contrato sometido a esa ley se debían estipular cláusulas correspondientes a su objeto y naturaleza, así como las relativas a multas, entre otras.

El artículo 73 *ibídem*, disponía que en el caso de contratos de ejecución de obras, las especificaciones generales del contrato y los instructivos para fiscalización o supervisión de ellas deberían contemplar, estipulaciones o normas sobre formulación y presentación de planillas, plazos para su aprobación, forma y procedimiento de pagos, retenciones y multas.

Con respecto a la liquidación final del contrato, el artículo 111 del citado Reglamento, disponía que en ella “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...”.

Por su parte, el artículo 115 de la derogada Codificación de la Ley de Contratación Pública, sancionaba la retención indebida de pagos en los siguientes términos: “Art. 115.- RETENCION INDEBIDA DE PAGOS.- El funcionario al que incumba

el pago de planillas u otras obligación es de una entidad del sector público que retenga o retarde indebidamente el pago de los valores correspondientes, será destituido de su cargo y sancionado con una multa no menor de diez salarios mínimos vitales generales, que podrá llegar al diez por ciento del valor indebidamente retenido, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que hubiere lugar. // La multa será impuesta por la máxima autoridad de la entidad, y, en defecto de la actuación de ésta, por el Contralor General del Estado”.

Al oficio de consulta No. 11-CEE-C14-0808 de 14 de abril de 2011, el Cuerpo de Ingenieros del Ejército ha acompañado un cuadro, identificado como anexo número ocho, en el que se describe la demora en el pago de planillas que, a criterio de esa entidad ha existido por parte del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, como entidad contratante, durante el plazo de ejecución del contrato.

El Art. 1568 del Libro IV del Código Civil, establece que: “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”. Sobre la aplicación de este principio en contratación pública, se ha pronunciado este Organismo en oficio No. 13841 de 5 de mayo de 2010, en atención a una consulta formulada por el Ministerio de Salud.

El artículo 1561 del citado Código Civil dispone que el contrato es ley para las partes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

De conformidad con el artículo 1567 del Código Civil, el deudor está en mora: “1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora;

2. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y,

3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”.

De la norma citada, se colige que para que el deudor se constituya en mora, sin previo requerimiento judicial, es necesario que se haya estipulado un término para cumplir la obligación. En el contrato materia de consulta, el numeral 8.9 de la cláusula octava establece el plazo máximo de sesenta (60) días para realizar

el pago de las planillas, contados a partir de la fecha de ingreso para el pago en la Dirección Financiera Ministerial.

Por otra parte, conforme consta en el inciso segundo de la cláusula séptima “MULTAS” del “Acta de Constancia de Asistencia de la Recepción Provisional” del Contrato de los seis puentes en la carretera Guamote Macas y del propio oficio de consulta, la entrega de las obras objeto del contrato por parte del contratista, fue sesenta y ocho días posterior al plazo de dieciocho meses, establecido en la cláusula undécima del contrato y de las prórrogas otorgadas, señaladas en la misma “Acta de Constancia de Asistencia a Recepción Provisional”, plazo contado a partir de la fecha en que el Ministerio notificó al contratista, Cuerpo de Ingenieros del Ejército, que el anticipo se encontraba disponible, conforme se concluyó en el pronunciamiento de este Organismo, contenido en oficio No. 14783 de 18 de junio de 2010, lo que da derecho a la entidad contratante a aplicar la multa prevista en la Cláusula Décimo Tercera, numeral 13.1 del contrato.

Sin embargo, al haberse estipulado en el mismo contrato, en el numeral 8.9 de la cláusula octava, el plazo para el pago de las planillas, y de haberse producido mora en el pago por parte del contratante, en aplicación del artículo 1568 del Código Civil, que prevé el principio de que la mora purga la mora, sería improcedente la aplicación de la multa al contratista, durante el tiempo que el contratante haya estado en mora.

De la información proporcionada por el Ministerio de Transporte Obras Públicas, en la consulta inicial formulada en oficio No. DM-10-29-OF de 19 de enero de 2010, que motivó el pronunciamiento contenido en oficio No. 14783 de 18 de junio de 2010, no consta que el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, entidad contratante, haya estado en mora en el pago de planillas respecto del contratista Cuerpo de Ingenieros del Ejército, como se afirma en esta consulta.

Pero de ser correcta la información que proporciona el consultante, en el sentido de que el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, no cumplió oportunamente con los pagos de las planillas respecto del contratista Cuerpo de Ingenieros del Ejército, conforme lo estipulado en el numeral 8.9 de la cláusula octava del contrato, entonces sería procedente aplicarse el principio de que la mora purga la mora, previsto en el artículo 1568 del Código Civil, dentro del proceso de liquidación final del contrato previsto en el Art. 111 del derogado Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, vigente a la celebración del contrato.

La absolución de la consulta se limita a la inteligencia y aplicación de las normas legales. Pero es de exclusiva responsabilidad de los personeros de las entidades públicas que han suscrito el contrato, determinar si en el caso específico materia de consulta, ha existido mora en el cumplimiento de sus respectivas obligaciones; y, de acuerdo con eso, establecer el tiempo real de mora en el cumplimiento de tales obligaciones y cobrar las multas que correspondan, tomando en cuenta las cláusulas contractuales al tenor de los principios previstos en los Arts. 1561 y 1568 del Código Civil.

El Cuerpo de Ingenieros del Ejército y el Ministerio de Transporte y Obras Públicas tomarán en cuenta la obligación de coordinar acciones entre instituciones del sector público, prevista en el Art. 226 de la Constitución de la República.

OF. PGE. N°: 02401, de 20-06-2011

MULTAS: MORA PURGA LA MORA

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN TULCÁN

CONSULTA:

“¿Es legal y procedente la aplicación de la multa por parte del Gobierno Municipal de Tulcán, a la Empresa OBRACIV CIA.LTDA.- VÍAS & ASFALTOS S.A., en base al informe presentado por el fiscalizador del contrato?, de la Repavimentación de los Accesos Norte y Sur; Rehabilitación y Mejoramiento de la Avenida Brasil en la ciudad de Tulcán”.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Art. 71; y, 116 y 121 de su Reglamento.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado Arts. 54 num. 12, 34 y 31.
Código Civil Arts. 1568 y 1561.

PRONUNCIAMIENTO:

Del texto del oficio que contesto, así como del informe jurídico adjuntado al mismo, se desprende que el motivo de la consulta es la imposición de una multa por parte del Municipio de Tulcán a la contratista: Asociación Temporal OBRACIV CIA. LTDA- VIAS & ASFALTOS S.A. por el retraso de ocho días en la entrega de la obra “Repavimentación de los Accesos Norte y Sur, Rehabilitación

y Mejoramiento de la Av. Brasil de la Ciudad de Tulcán” por el valor de USD. 49.255,13. Del texto del oficio de consulta se infiere que la imposición de dicha multa fue recomendada por el Fiscalizador del contrato.

En el informe jurídico del Procurador Síndico de la Municipalidad de Tulcán, se manifiesta que la empresa contratista ha presentado el respectivo reclamo con relación a la multa impuesta, manifestado que la entidad contratante no puede aplicar multa alguna, porque al momento de establecer el incumplimiento del contratista, la entidad también se encontraba en mora en el pago de una planilla presentada a la contratista el 3 de agosto de 2010.

Según el referido informe, “la multa impuesta por Fiscalización tiene asidero legal, toda vez que está basada en lo que establece la Cláusula Décima Primera numeral 11.01 del contrato suscrito”; pero que también el reclamo del contratista tiene asidero legal, porque está basado en al Cláusula Séptima, numeral 7.03 del referido contrato, en razón de que la Municipalidad de Tulcán se hallaba en mora pues no había cancelado oportunamente la planilla No. 6 de Costo + Porcentaje, en base a lo cual, contractualmente, la Municipalidad se vería impedida de aplicar la multa recomendada por la Fiscalización, por inobservancia y por exclusiva aplicación de su libre discrecionalidad de las normas contractuales por parte del Fiscalizador, “habiendo puntualmente inobservado las siguientes cláusulas del contrato: Cláusula Séptima, numerales 7.03, 7.09, 7.04 y Cláusula Vigésima Quinta, numeral 25.03”.

Mediante oficio No. 73 de 3 de agosto de 2010, el representante de la Asociación OBRACIV-ASFALVIAS, solicita al señor Álvaro Fabián Mena, Fiscalizador del Proyecto que motiva la presente consulta, la revisión y aprobación de la planilla No. 6 de Costo + Porcentaje, que se dice adjuntar al mencionado oficio pero que no consta entre los documentos remitidos a esta Procuraduría.

Según consta del oficio No. 216-UFGMT de 24 de agosto de 2010, suscrito por el Ing. Marco V. Chugá, en calidad de Jefe de Fiscalización de la obra, dirigido al Alcalde de Tulcán, en el cual se manifiesta que con relación a la solicitud del representante de OBRACIV – ASFALVIAS de que “se realice la Recepción Provisional de la Repavimentación de los Accesos Norte y Sur, Rehabilitación de la Av. Brasil”, menciona que mediante oficio No. 56-FCT-10 de 24 de agosto de 2010, el Ing. Álvaro Fabián Mena, Fiscalizador del Proyecto, indica que “El contrato de la referencia debía haber sido entregado a satisfacción de la Entidad

Contratante en fecha 20 de Agosto del presente año...al momento faltan por terminar los trabajos en la calzada sur de la Av. Brasil desde el Aeropuerto hasta la calle Sucre”; y, agrega que: “Por lo expuesto manifiesta que la Fiscalización procederá a aplicar lo estipulado en el numeral 11.01 del contrato; es decir aplicando la multa que corresponde desde la fecha en que no se cumplió con la entrega de los trabajos terminados hasta cuando se remedie el incumplimiento”.

Con fecha 24 de agosto de 2010, mediante oficio No. 75- Tulcán de 24 de agosto de 2010, suscrito por el representante de OBRACIV-ASFALVIAS, la contratista comunica al Fiscalizador del Proyecto la “situación de despacho de AC-20 en la Refinería de Esmeraldas, razón por la cual la producción de mezcla asfáltica se encuentra suspendida”.

En oficio No. OA-0200-2010 de 27 de agosto de 2010, el representante de OBRACIV-ASFALVIAS, solicita al Alcalde de Tulcán “se revea y analice desde el punto de vista legal la multa que se prevé (sic) aplicar, toda vez que de acuerdo a lo que se establece en la cláusula 11.05 del contrato suscrito, la entidad contratante se encuentra en mora en el pago de la Planilla #6 Costo + Porcentaje, presentada a la fiscalización el 3 de agosto de 2010 con Oficio No. 73-Tulcán, y que no ha sido cancelada hasta la presente fecha, pues debía ser cancelada en un plazo máximo de 15 días como establece la Ley”.

Mediante oficio No. 77-FCT-10 de 13 de octubre de 2010, dirigido al Procurador Síndico del Gobierno Cantonal de Tulcán, el Ing. Álvaro Fabián Mena, Director de Fiscalización Contratado, ratifica la multa impuesta al contratista, en el cual se manifiesta que la devolución de la planilla y el no pago de varios rubros fue tratada en una reunión de trabajo en el Despacho del Señor Alcalde, en el que se trató, entre otros aspectos, “las razones legales, técnicas y morales por las que la Fiscalización devolvía la Planilla No. 6 Costo + Porcentaje, en esta Planilla el contratista pretendía cobrar: trabajos de topografía no ejecutados, supuestos pagos hechos por trabajos del Ambientalista y otros rubros fuera de contexto y de la realidad, tratando de sorprender a la autoridades del GMT” (Gobierno Municipal de Tulcán).

Se agrega en dicho informe que: “La mora de la Entidad corre a partir de que la Planilla ha sido aprobada por la Fiscalización, hecho que nunca ocurrió, sino hasta después de que se produzca el incumplimiento, por lo que la indicada planilla fue recién aprobada con fecha 25 de agosto fecha en la cual recién se

corrigen los errores y cantidades mal planilladas, es tramitada como todas las demás planillas, inmediatamente”.

En el mencionado informe también se menciona que: “Al no estar aprobada la planilla por parte de la Fiscalización, no existe mora, además que; las planillas costo + porcentaje no corresponden a rubros contractuales, están fuera del análisis del cumplimiento, no constan en el cronograma valorado de trabajos ni tampoco constan en el cuadro de cantidades y presupuesto de construcción, estos trabajos al caer fuera del contrato y no impiden el normal cumplimiento de obligaciones por parte del contratista, no forman parte de la ruta crítica y como dice el Contrato, el Contratista podía suspender los trabajos solo cuando el anticipo estuviera devengado, hecho que nunca ocurrió”.

De la documentación que ha sido adjuntada a la consulta, en copias certificadas, el contrato de construcción “Repavimentación de los Accesos Norte y Sur, Rehabilitación y Mejoramiento de la Avenida Brasil, de la ciudad de Tulcán”, celebrado el 25 de mayo de 2009, por el monto de USD. 3’078.446,88; con un plazo de ejecución de diez meses, contados a partir de la notificación de la disponibilidad del anticipo, conforme lo señala la Cláusula Nueve Punto Cero Uno del contrato en referencia.

La Cláusula Séptima del contrato de ejecución de obra que motiva la presente consulta, relacionada con el “Trámite de las Planillas”, establece en el acápite SIETE PUNTO CERO NUEVE, que: “Para el trámite de las planillas se observará las siguientes reglas:... DOS) Dentro de los cinco (5) primeros días laborables de cada mes, el Contratista preparará la correspondiente planilla y la someterá a consideración de la fiscalización.....SIETE) Si la Fiscalización, en el término señalado, no aprueba o no expresa las razones fundadas de su objeción, transcurrido dicho término, se entenderá que la planilla se halla aprobada; OCHO) Con la aprobación expresa o tácita continuará el trámite de pago el mismo que se efectuará de conformidad con la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado”.

De los antecedentes expuestos, se colige que el Municipio de Tulcán no hizo objeciones a la planilla en el término establecido en el numeral siete de la Cláusula Siete del contrato.

La Cláusula Décima Primera del contrato en referencia, relativo a “Multas”, en el acápite ONCE PUNTO CERO UNO, dispone: “Por cada día de retardo en la

terminación de los trabajos, se aplicará como multa el dos por mil, del valor total del contrato por cada día de retraso”.

Por su parte, el acápite ONCE PUNTO CERO CINCO, de la referida Cláusula, establece: “Si el valor de las multas excede del cinco por ciento del monto total del contrato, el contratante podrá darlo por terminado anticipada y unilateralmente. Las multas impuestas no serán reveídas ni devueltas por ningún concepto. Si el Contratante se encontrare en mora en el pago de sus obligaciones no podrá aplicar multa alguna al Contratista, por así disponerlo el Artículo mil quinientos ochenta y tres del Código Civil”.

El artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP, establece que en los contratos sometidos a esta Ley se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas, así como una relacionada con el plazo en que la entidad deberá proceder al pago del anticipo, en caso de haberlo; el que no podrá exceder del término de treinta (30) días. Agrega el segundo inciso del artículo en mención, que las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán en relación directa con el monto total del contrato y por cada día de retraso.

De su parte, el Art. 116 del Reglamento a la LOSNCP, señala que en los plazos de vigencia de los contratos se cuentan todos los días, desde el día siguiente de su suscripción o desde el día siguiente de cumplirse las condiciones establecidas en los pliegos, en el presente Reglamento General o en el propio contrato; y, agrega que, para la determinación de multas que se podrían imponer al contratista se considerará el valor total del contrato incluyendo el reajuste de precios que corresponda y sin considerar los impuestos.

De los citados artículos de la LOSNCP, se desprende que dicha norma otorga a la entidad contratista, la facultad de establecer el plazo de las multas y la manera de cobrarlas, bien entendido que las mismas se impondrán por dos motivos: 1) por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado; y, 2) por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán en relación directa con el monto total del contrato y por cada día de retraso.

Por su parte, el Art. 121 del Reglamento a la LOSNCP, faculta al administrador del contrato a adoptar las acciones que sean necesarias para evitar retrasos injustificados e imponer las multas y sanciones a que hubiere lugar.

Del texto del oficio de consulta, así como de los documentos que han sido adjuntados a la misma, se concluye:

1) Que el 3 de agosto de 2010, la compañía OBRACIV CIA. LTDA. VIAS & ASFALTOS, encargada de la ejecución de la obra “Repavimentación de los accesos norte y sur, rehabilitación y mejoramiento de la Av. Brasil de la Ciudad de Tulcán”, a pesar de que todavía no se encontraban terminados los trabajos, objeto de dicho contrato, solicitó la entrega recepción provisional de la obra y el pago de la planilla costo + porcentaje (6).

2) Que mediante oficio No. 73 de 3 de agosto de 2010, el representante de la Asociación OBRACIV-ASFALVIAS, solicita al señor Álvaro Fabián Mena, Fiscalizador del Proyecto la revisión y aprobación de la planilla No. 6 de Costo + Porcentaje, sin embargo, el Municipio de Tulcán, no objetó el pago de la referida planilla (por cobros improcedentes como trabajos de topografía no ejecutados, supuestos pagos hechos por trabajos del Ambientalista y otros rubros fuera de contexto, como así lo manifiesta el Director de la Fiscalización Contratada mediante oficio No. 77-FCT-10 de 13 de octubre de 2010), en el plazo establecido en el numeral Siete de la Cláusula Siete del contrato, que expresa que “si la Fiscalización, en el término señalado, no aprueba o no expresa las razones fundadas de su objeción, transcurrido dicho término, se entenderá que la planilla se halla aprobada”.

3) Según consta del oficio No. 56-FCT-10 de 24 de agosto de 2010, anteriormente citado, el plazo para la entrega de la obra motivo de la consulta era el 20 de agosto de 2010.

4) Que una vez que el contratista corrigió los errores y cantidades mal planilladas, el Municipio de Tulcán aprobó la planilla con fecha 25 de agosto de 2010, y el 14 de septiembre de 2010 procedió al pago de USD. 14.014,16 por concepto de “Pago en la planilla costo + porcentaje (6) relacionado con asfalto accesos Norte y Sur de Tulcán, solicitado Ing. Manuel Revelo Director Obras Públicas”, como consta en la factura No. 001-001-0000204, extendida por la empresa OBRACIV

CIA. LTDA. VIAS & ASFALTOS, a favor del Gobierno Municipal de Tulcán, de fecha 14 de septiembre de 2010.

El Art.1568 del Libro IV del Código Civil, establece que: “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”; mientras que el artículo 1561, dispone que: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

De otra parte, el artículo 1561 del Código Civil dispone que el contrato es ley para las partes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

En el presente caso, la entrega de la obra objeto del contrato fue posterior al 20 de agosto de 2010, (plazo establecido para dicha entrega), lo que da derecho a la entidad contratante a aplicar la multa prevista en la Cláusula Décimo Primera, numeral once punto cero uno del mismo; pero no obstante, al haberse estipulado en el mismo contrato, en la Cláusula Décimo Primera, numeral once punto cero cinco que si el contratante se encontrare en mora en el pago de sus obligaciones no puede aplicar multa a OBRAVIC CIA. LTDA.- VÍAS & ASFALTOS S.A., por el retraso de ocho días en la entrega de la obra “Repavimentación de los Accesos Norte y Sur, Rehabilitación y Mejoramiento de la Avenida Brasil, de la ciudad de Tulcán”, en virtud de que la propia entidad contratante reconoce que a la fecha de entrega de la obra se encontraba en mora del pago de sus obligaciones, según consta de la página 5 del oficio No. 228-DJGMT de 11 de noviembre de 2010, suscrito por el Procurador Síndico Municipal, no procede la aplicación de la multa que motiva la presente consulta.

Lo dicho sin perjuicio de las responsabilidades que, de haberlas, deberán ser determinadas a través de la auditoría interna de la Institución o de la Contraloría General del Estado, de conformidad con el último inciso del Art. 54 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y los numerales 12 y 34 del artículo 31 de la misma Ley.

OF. PGE. N°: 00400, de 11-01-2011

NEPOTISMO: DOCENTES CONTRATADOS NO TITULARES CON MIEMBROS DEL H. CONSEJO UNIVERSITARIO

ENTIDAD CONSULTANTE: UNIVERSIDAD ESTATAL DE MILAGRO

CONSULTA:

“Puede el Rector de la Universidad Estatal de Milagro, firmar los contratos de docentes no titulares que han ingresado por un concurso de selección y contratación que están comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad con alguno de los integrantes del órgano colegiado académico superior es decir el H. Consejo Universitario”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 229 y 230 num. 2.

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 3, 6, 7, 8 y Disp. Gen. Tercera.

Ley Orgánica de Educación Superior Arts. 47, 48, 70, 83 y 84.

PRONUNCIAMIENTO:

La Procuraduría General del Estado con los oficios Nos. 00243 y 00498 de 29 de diciembre de 2010 y 14 de enero de 2011, requirió al señor Secretario Nacional de Educación Superior Ciencia, Tecnología e Innovación, el criterio jurídico institucional en relación a la consulta formulada por usted.

El señor Secretario Nacional de Educación Superior Ciencia, Tecnología e Innovación, con el oficio No. 000036 de 6 de enero de 2011, ingresado el 29 de enero del mismo año, en contestación al requerimiento de este Organismo, expresa que los artículos 229 y 230 de la Constitución de la República; artículos 3, 6, 7, 8 y Disposición General Tercera de la Ley Orgánica del Servicio Público y el Art. 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior, conforman un marco normativo que previene la figura de nepotismo, cuando el ganador en un concurso de méritos y oposición en una entidad pública, está comprendido en el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, con alguno de los miembros del máximo órgano colegiado de la misma entidad, como es el caso presentado en la Universidad Estatal de Milagro en que el docente mejor calificado en el concurso tiene relación con alguno de los miembros del Consejo Superior de la universidad.

Concluye el señor Secretario Nacional de Educación Superior en el oficio No. 000036 citado que, el Art. 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior,

previene que las normas específicas para designación y promoción de docentes universitarios, constará en el Reglamento de Carrera Docente y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, que debe expedirlo de manera obligatoria el Consejo de Educación Superior, de conformidad con el numeral 4, letra m), del Art. 169 de la Ley *ibídem*, instrumento que podría determinar normas concretas sobre el nepotismo.

Esta Procuraduría, con oficios Nos. 00244 y 00497 de 29 de diciembre de 2010 y 14 de enero de 2011, respectivamente, le solicitó a usted remitir copias certificadas del criterio jurídico debidamente fundamentado y en texto independiente del Asesor Jurídico de la institución a su cargo y la documentación referida en su oficio con relación al tema de su consulta.

Con el oficio No. UNEMI. 020. R 2011 de 12 de enero de 2011, en atención al requerimiento de esta Procuraduría que consta en los oficios Nos. 00244 y 00497 que he citado, usted envía la documentación solicitada; y, adjunta copia certificada del oficio No. 257.2010.A.J.S de 6 de diciembre de 2010, que contiene el criterio del Asesor Jurídico de esa Universidad, el mismo que fue anexado al oficio de consulta, que en su parte pertinente expresa que:

“De conformidad con el oficio P.G.E. No. 15629 de 2 de agosto del 2010 y los pronunciamientos del Director de Recursos Humanos y Auditor Interno de la Universidad Estatal de Milagro, no podrían los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de los integrantes del órgano colegiado académico superior ser contratados como profesores no titulares de la Universidad, pese a que el acto en la parte final emane del Rector, pues este forma parte del citado órgano”.

Como anexo al oficio No. UNEMI. 020. R 2011 de fecha 12 de enero de 2011, suscrito por usted, se adjuntan copias certificadas de cuatro contratos de jornada parcial permanente celebrados el 22 de octubre de 2010, entre dicha Universidad y los siguientes docentes: ingeniera Jessica Digna Orozco Holguín; licenciada Rosa Mary Muñiz López; ingeniero Carlos Efraín Sánchez León; y, licenciada Gladys Vanessa Moreno Cartagena, que motivan su consulta, con excepción del contrato celebrado con la señorita Johanna Ivette Arellano Romero, que según usted manifiesta es sobrina del Secretario General y que “no es autoridad ni tiene capacidad de decisión en el cuerpo colegiado de la institución”; documentos que fueron solicitados por la Procuraduría General del Estado con los oficios

Nos. 00244 y 00497 de 29 de diciembre de 2010 y 14 de enero de 2011, respectivamente.

El Director de Recursos Humanos de la Universidad Estatal de Milagro, con el oficio No. 1044.10. RR.HH.S de 15 de noviembre de 2010, y respecto de los cinco contratos suscritos por los mencionados docentes, manifiesta que si bien dichos contratos fueron dispuestos el 21 de octubre de 2010, la mayor parte de docentes iniciaron las clases el 1 de octubre de 2010, en las distintas jornadas de capacitación planificadas por la institución; y, estarían contraviniendo el Art. 6 de la Ley Orgánica del Servicio Público y el Art. 230 numeral 2, de la Constitución de la República.

Con el oficio No. 135-2010-UAI-UNEMI-S de 18 de noviembre de 2010, el Auditor Interno de la Universidad Estatal de Milagro expresa que: “habiendo los cinco docentes mencionados comenzado sus tareas como profesores el día 1 de octubre de 2010, y la promulgación de la Ley se la hizo en fecha 6 de octubre, se deberá respetar el pago efectuado por el mes de octubre, por lo cual los contratos de los mencionados profesionales se deben legalizar con las firmas respectivas, pero a la vez se los tendría que rescindir habida cuenta de lo establecido en la Ley”.

La Ley Orgánica de Educación Superior, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 298 de 12 de octubre de 2010, en el Art. 47 dispone:

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

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

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 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.

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...”.

La Ley Orgánica del Servicio Público, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010, en el Art. 84 dispone:

“Artículo 84.- Carrera Docente.- El personal docente comprendido en todos los niveles y modalidades gozará de estabilidad, actualización, formación continua, mejoramiento pedagógico y académico, percibirá una remuneración justa de acuerdo a la profesionalización, desempeño y méritos académicos.

Estarán sujetos a la Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio. Así como los docentes e investigadores de las universidades que se regirán por la Ley de Educación Superior, en función a lo consagrado en el Artículo 355 de la Constitución. En el caso de las y los servidores que prestan sus servicios en calidad de Técnicos Docentes, estarán regulados por esta Ley”.

De la normativa jurídica citada se establece que, los docentes e investigadores de las universidades y escuelas politécnicas públicas son servidores públicos que se rigen por la Ley Orgánica de Educación Superior, sujetos a un régimen propio que estará contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior.

La Carta Constitucional, en el Art. 230 numeral 2, determina que en el ejercicio del servicio público se prohíbe, además de lo que determine la ley, el nepotismo.

El Art. 6 de la Ley Orgánica del Servicio Público, publicada en el Segundo

Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010, prohíbe el nepotismo en el sector público, en los siguientes términos:

“Artículo 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 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 incurridos 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; y además, será solidariamente responsable por el pago de las remuneraciones erogadas por la Institución.

El inciso tercero del citado Art. 7, establece que el responsable de la Unidad de Administración del Talento Humano, así como la servidora o 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”.

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 artículo 3 de esta Ley.

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, anteriormente citados, los docentes e investigadores universitarios en lo que respecta al ingreso, promoción, estabilidad, evaluación, perfeccionamiento, escalas remunerativas, fortalecimiento institucional, jubilación y cesación, se regirán por las normas del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema Nacional 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.

Dentro de este contexto, la Universidad Estatal de Milagro, creada mediante Ley No. 37, publicada en el Registro Oficial No. 261 de 7 de febrero de 2001, por su carácter de Universidad Estatal, forma parte de las entidades que conforman el sector público y, por tanto, sus servidores están sujetos a la prohibición del nepotismo, determinada en el artículo 6 de la Ley Orgánica del Servicio Público, prohibición que por disposición expresa del inciso final del artículo 83 de la Ley en mención, es de observancia obligatoria y la Disposición General Tercera de esa Ley, que determina que esta prohibición, rige para todos los organismos dispuestos en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que en su numeral 3, comprende a las entidades creadas por ley.

Por lo expuesto, de conformidad con el Art. 230 numeral 2, de la Constitución de la República, y la Disposición General Tercera de la LOSEP, que en el ejercicio del servicio público prohíben el nepotismo; y, del Art. 6 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que prohíben a toda autoridad nominadora designar, nombrar, posesionar y/o contratar en la misma entidad, institución, organismo o persona jurídica, a sus parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, a su cónyuge o con quien mantenga unión de hecho; prohibición que, como lo prevé el inciso segundo del Art. 6 citado, se extiende a los parientes de los miembros de cuerpos colegiados de la respectiva institución, se concluye que el Rector como primera autoridad ejecutiva y que preside el órgano colegiado académico superior de la Universidad Estatal de Milagro, no puede designar, contratar ni suscribir contratos de docentes no titulares que han ingresado por un concurso de selección y contratación, que tengan vínculos de

parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, matrimonio o unión libre, con él mismo y/o con alguno de los integrantes del órgano colegiado académico superior, es decir con el Consejo Universitario.

OF. PGE. N°: 01263. de 07-04-2011

**NEPOTISMO: ENTRE CONCEJAL Y TÍO MATERNO,
PRIMO PATERNO Y CUÑADO**

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN QUINSALOMA

CONSULTAS:

1. Si existe nepotismo entre un concejal y su tío materno y primo paterno, los dos últimos ingresaron a trabajar en la administración anterior y continuaron laborando en la administración actual desde su inicio, esto es, en agosto del 2009, cuando no estaba vigente la Ley Orgánica del Servicio Público, que se la promulgó el 06 de octubre de 2010. Los dos parientes prestan sus servicios como operadores de equipo pesado, a jornal.

2. Si existe nepotismo entre una concejala del Municipio de Quinsaloma y el hermano de su esposo que se desempeña como trabajador del Departamento de Agua Potable, quien desde hace cinco años venía prestando sus servicios en la Junta Administradora de Agua hasta el mes de septiembre del 2010, a partir del cual la Municipalidad asumió la competencia del servicio de agua, de conformidad con la Constitución, pasando este trabajador a laborar en el Municipio de Quinsaloma bajo un contrato de prueba, por un convenio con el MIDUVI.

3. Si de conformidad con el quinto inciso del Art. 6 de ley Orgánica del Servicio Pública, se constituye la figura del nepotismo entre la Jefa de Talento Humano del Municipio de Quinsaloma, quien firmó, conjuntamente con el Alcalde la acción de personal por la cual se otorga nombramiento a la psicóloga Alexandra Catalina Soto Sanabria, como miembro Principal de la Junta de Protección de la Niñez y Adolescencia, luego de haber ganado el respectivo concurso de méritos y oposición, profesional que es hermana de la señora Jefa de Talento Humano del Municipio de Quinsaloma; y en caso de constituirse el nepotismo, que es lo que se debe hacer para solucionar el conflicto de intereses.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 229, 230 num. 2.

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 4 y 6.

Ley Orgánica de Régimen Municipal Art. 69 num. 23 (derogada).

LOSCCA Art. 7 (derogada).

Código de la Niñez y Adolescencia Art. 207.

Res. N° 32 del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, Art. 2.

Ordenanza de Conformación y Funcionamiento del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia del Cantón Quinsaloma, 13-01-2009 Arts. 15 y 17.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. En el informe jurídico institucional, constante en el oficio s/n de 21 de enero de 2011, el Procurador Síndico del Municipio de Quinsaloma, manifiesta que, con respecto a los familiares del concejal Liandry Lara Llanos, que vienen trabajando en el Municipio, que prestan sus servicios como operadores de equipo pesado, a jornal y se encuentran amparados por el Código de Trabajo, de conformidad con el Art. 229 de la Constitución vigente, en concordancia con el segundo inciso del Art. 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que disponen que los trabajadores del sector público están sujetos al Código de Trabajo, “entre el concejal Liandry Lara Llanos y sus familiares, no existe nepotismo. Además, este concejal ingresó a prestar sus servicios en la nueva administración, a partir de agosto del 2009, y su tío y primo habían ingresado por disposición del ex Alcalde que concluyó sus funciones en julio 31 del 2009....”.

Toda vez que la primera pregunta está referida a dos personas, los señores Segundo Alberto Llanos Vargas y Carlos Alberto Murillo Lara, parientes del concejal Liandry Lara Llanos, analizaremos cada caso por separado.

1. Caso del señor Segundo Alberto Llanos Vargas, tío materno del concejal Liandry Lara Llanos (tercer grado de parentesco por consanguinidad).

De la documentación que ha sido remitida, constan en copias certificadas dos contratos suscritos por la Municipalidad de Quinsaloma con el señor Segundo Alberto Llanos Vargas:

1.1. Primer contrato suscrito el 23 de junio de 2009, entre el anterior Alcalde de Quinsaloma, señor Freddy Fernando Buenaño Murillo, por el cual se contrata al mencionado señor Llanos Vargas, como operador de máquinas pesadas, con plazo indefinido según su Cláusula Tercera.

La Constitución de la República, que se encontraba vigente a la fecha del contrato en estudio, dispone en su Art. 230, numeral 2, que en el ejercicio del servicio público se prohíbe además de lo que determine la ley, el nepotismo.

Por su parte, la derogada Ley Orgánica del Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, vigente a la fecha de celebración del contrato suscrito entre el Municipio de Quinsaloma con el señor Segundo Alberto Llanos Vargas, el 23 de junio de 2009, disponía en el Art. 7 que el “nepotismo es el acto ilegal ejecutado por un dignatario, autoridad o funcionario, en la designación, nombramiento o contratación en un puesto o cargo público, hecha dentro de la misma función del Estado, institución, entidad u organismo que representa o ejerce su servicio a la colectividad, a favor del cónyuge, del conviviente en unión de hecho, de sus parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad”.

Agregaba el segundo inciso del artículo en mención que, también constituirá nepotismo cuando el acto ilegal antes señalado, beneficie o favorezca a personas vinculadas en los términos indicados a miembros del cuerpo colegiado del que sea parte el dignatario, autoridad o funcionario del que emanó dicho acto.

Al tenor del mencionado artículo, vigente a la fecha de celebración del primer contrato suscrito en la anterior administración de la Municipalidad de Quinsaloma con el señor Segundo Alberto Llanos Vargas, se desprende que la prohibición de contratar a familiares dentro de los grados de consanguinidad y afinidad establecidos en esa norma (cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad), o personas vinculadas por matrimonio o unión libre, 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.

En otras palabras, para que se configure el nepotismo, el acto administrativo debe emanar de la máxima autoridad de la institución pública a favor de sus parientes o a favor de los parientes de los miembros de los concejos de los gobiernos seccionales autónomos, en los grados referidos.

Por lo tanto, con respecto al primer contrato suscrito el 23 de junio de 2009, entre la anterior administración del Municipio de Quinsaloma y el señor Segundo

Alberto Llanos Vargas, quien es tío materno del concejal Liandry Lara Llanos, no se encontraba incurso en la prohibición de nepotismo establecida en el inciso segundo del Art. 7 de la derogada Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, en razón de que a la fecha de suscripción del contrato, no había sido posesionado como concejal del cantón Quinsaloma, el mencionado señor Liandry Lara Llanos, porque su posesión como concejal se realizó el 31 de julio del 2009, esto es con posterioridad a la fecha de suscripción del referido contrato.

1. 2. Segundo contrato de trabajo, suscrito el 29 de enero de 2010, entre el actual Alcalde de Quinsaloma, y el mencionado trabajador Segundo Alberto Llanos Vargas, para que preste sus servicios como chofer de maquinaria pesada, del 4 de enero hasta el 31 de diciembre de 2010.

A la fecha de celebración del referido contrato ya se encontraba en funciones de concejal el señor Liandry Lara Llanos, sobrino del señor Segundo Alberto Llanos Vargas. Por lo tanto, al tenor del segundo inciso del Art. 7 de la derogada LOSCCA, vigente al tiempo de celebración del mencionado contrato, que disponía que también constituye nepotismo cuando el acto ilegal, beneficie o favorezca a personas vinculadas en los términos indicados a miembros del cuerpo colegiado del que sea parte el dignatario, autoridad o funcionario del que emanó dicho acto, como es el caso de los concejales que conforman un cuerpo colegiado. En éste contrato sí se configuró el nepotismo en razón de que se celebró un contrato con el tío materno del concejal Liandry Lara Llanos, incurriendo en la prohibición del mencionado inciso segundo del Art. 7 de la derogada LOSCCA.

2. Caso del señor Carlos Alberto Murillo Lara, primo paterno del concejal Liandry Lara Llanos (cuarto grado de parentesco por consanguinidad).

De la documentación que ha sido remitida, constan en copias certificadas tres contratos celebrados por la Municipalidad de Quinsaloma con el señor Carlos Alberto Murillo Lara.

2.1. Primer contrato de trabajo, celebrado el 6 de octubre del 2008, en la anterior administración del Municipio de Quinsaloma, con el señor Carlos Alberto Murillo Lara, para que éste preste sus servicios como chofer de maquinaria pesada por 2 meses y 24 días.

En el presente caso no se configuró el nepotismo establecido en el inciso segundo del Art. 7 de la derogada Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera

Administrativa, vigente a la fecha de celebración del contrato, porque no había sido posesionado como concejal del cantón Quinsaloma, el señor Liandry Lara Llanos, primo paterno del señor Carlos Alberto Murillo Lara, en razón de que su posesión como concejal del Municipio de Quinsaloma, se la realizó el 31 de julio del 2009.

2.2. Segundo contrato, a tiempo indefinido, celebrado el 5 de enero del 2009, en la anterior administración, con el mismo señor Carlos Alberto Murillo Lara, para que éste preste sus servicios como operador de maquinaria pesada.

En este contrato tampoco se configuró el nepotismo establecido en el segundo inciso del Art. 7 de la derogada LOSCCA, en razón de que no había sido posesionado como concejal el señor Liandry Lara Llanos, quien es primo materno del mencionado trabajador Carlos Alberto Murillo Lara.

2.3 Tercer contrato celebrado el 29 de enero de 2010, entre el actual Alcalde de Quinsaloma, señor Braulio Manobanda Muñoz y el mencionado señor Carlos Alberto Murillo Lara, para que éste preste sus servicios como chofer de maquinaria pesada por un año, del 4 de enero al 31 de diciembre del 2010.

A la fecha de celebración del referido contrato ya se encontraba en funciones de concejal el señor Liandry Lara Llanos, primo paterno del señor Carlos Alberto Murillo Lara. Por lo tanto, al tenor del segundo inciso del Art. 7 de la derogada LOSCCA, vigente al tiempo de celebración del mencionado contrato, que disponía que también constituye nepotismo cuando el acto ilegal, beneficie o favorezca a personas vinculadas en los términos indicados, a miembros del cuerpo colegiado del que sea parte el dignatario, autoridad o funcionario del que emanó dicho acto, como es el caso de los concejales que conforman un cuerpo colegiado. En este contrato sí se configuró el nepotismo, en razón de que se celebró un contrato con el primo paterno del concejal Liandry Lara Llanos.

2. De la documentación que ha sido remitida, consta un contrato de servicios ocasionales a prueba, celebrado el 8 de octubre de 2010, (fecha en la que ya había sido expedida la Ley Orgánica del Servicio Público, 6 de octubre de 2010), entre el actual Alcalde de Quinsaloma, y el señor Erin Jarinton Franco Basantes, para que preste sus servicios como jornalero de la planta de tratamiento de agua potable por cuatro meses, del 2 de septiembre al 31 de diciembre de 2010.

Con respecto a este caso, el Procurador Síndico del Municipio de Quinsaloma, manifiesta que el trabajador del Departamento de Agua Potable, quien es cuñado de la concejala Narcisca Alarcón, también es jornalero, y desde hace cinco años

venía prestando sus servicios en la Junta Administradora de Agua hasta el mes de septiembre del 2010, fecha en la cual la Municipalidad asumió la competencia del servicio de agua, pasando el mencionado trabajador a laborar en el Municipio de Quinsaloma con un contrato a prueba. En base a los artículos 229 de la Constitución y del Art. 4 de la Ley del Servicio Público, el Procurador Síndico concluye manifestando que: “no se debe considerar que existe nepotismo entre este obrero y su cuñada”.

En relación al caso planteado en la segunda pregunta, en razón de que el señor Erin Jarinton Franco Basantes, es hermano del esposo de la concejala del Municipio de Quinsaloma, Narcisa Alarcón, estaría incurso en la causal de nepotismo, ya que, el mencionado señor es cuñado de la citada concejala Narcisa Alarcón, es decir que tienen una relación de parentesco en segundo grado de afinidad, prevista en el segundo inciso del Art. 6 de la Ley Orgánica del Servicio Público, vigente a la fecha de suscripción del referido contrato, por el cual, la prohibición establecida para la autoridad nominadora de designar, nombrar, posesionar y/o contratar en la misma entidad, institución, a sus parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, a su cónyuge o con quien mantenga unión de hecho, se extiende también a los parientes de los miembros de los cuerpos colegiados o directorios de la respectiva institución.

En relación al impedimento para que el Alcalde contrate bajo el régimen del Código del Trabajo, a los parientes de los señores concejales comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a su cónyuge o con quien mantenga unión de hecho, esta Procuraduría se manifestó mediante oficio No. 00290 de 30 de diciembre de 2010.

3. En el criterio jurídico constante en el oficio s/n de 21 de enero de 2011, el Procurador Síndico del Municipio de Quinsaloma, con respecto al nombramiento como miembro principal de la Junta de Protección de la Niñez y Adolescencia del Municipio de Quinsaloma, suscrito por la hermana de dicha profesional conjuntamente con el Alcalde del Municipio, el mencionado Procurador Síndico manifiesta que la Jefa de Recursos Humanos debió excusarse en su debido tiempo, y expresa su duda sobre el conflicto de intereses que pudiera devenir, de conformidad con el Art. 6 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

De la documentación que ha sido remitida, con respecto a la tercera consulta, constan en copias certificadas los siguientes documentos:

1. La Acción de Personal No. 001 de 6 de agosto de 2009, por la cual el actual Alcalde de Quinsaloma, señor Braulio Manobanda Muñoz, de conformidad con el Art. 69 numeral 23 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, designa a la señora Lorena Soto Sanabria en el cargo de Jefe de Recursos Humanos.
2. La Acción de Personal No. 023 de 10 de mayo de 2010, mediante la cual el Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia del Cantón Quinsaloma, de conformidad con el Art. 207 del Código de la Niñez y Adolescencia y mediante concurso de meritos y oposición, nombran a la señorita psicóloga Alexandra Catalina Soto Sanabria, como miembro principal de la Junta de Protección de Derechos de Niñas y Adolescentes del Cantón Quinsaloma, que regirá del 10 de mayo de 2010, al 10 de mayo del 2013, con una remuneración de USD. 600,00. Dicha Acción de Personal consta suscrita por el Jefe de Recursos Humanos y el actual Alcalde de Quinsaloma, señor Braulio Manobanda Muñoz.
3. La Ordenanza de Conformación y Funcionamiento del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia del Cantón Quinsaloma, de 13 de enero de 2009, cuyo Art. 15, dispone que: “Las Juntas Cantonales de Protección de Derechos son organismos de nivel operativo del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, con autonomía administrativa y funcional”.
4. La Ordenanza Reformatoria de la Ordenanza de Conformación y Funcionamiento del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia del Cantón Quinsaloma, de 15 de julio de 2010, cuyo Art. 2 reemplaza al Art. 17 de la primera Ordenanza, por el siguiente texto: “La Junta Cantonal de Protección de Derechos estará integrada con tres miembros principales y sus respectivos suplentes, quienes mediante concurso serán elegidos por el Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia”.
5. La Resolución Administrativa No. 003-CCNA-QL de 4 de mayo de 2010, por la cual el Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia de Quinsaloma, resuelve nombrar a los señores: Psicóloga Alexandra Catalina Soto Sanabria, Abogado Ángel Milton Izquierdo Ceballos; y,

Tecnóloga Tomasa Lupe Coronel Herrera, como Miembros Principales de Junta de Protección de Derechos de Quinsaloma, toda vez que “fueron quienes obtuvieron los tres primeros lugares en el concurso de oposición y méritos, en el cual lograron la puntuación de 95, 85.5; y, 81,6 puntos, respectivamente”.

El acápite quinto de la parte concluyente de la mencionada Resolución establece que: “Los miembros de la Junta de Protección de Derechos de Quinsaloma, comiencen a desempeñarse en sus funciones desde el día lunes 10 de mayo del 2010, mediante respectiva Acción de Personal otorgada por el Departamento de RRHH del Municipio de Quinsaloma; y, durara en sus funciones por tres años, es decir hasta el 10 de mayo del 2013, pudiendo ser reelegidos por una sola vez, de conformidad con lo dispuesto en el Código de la Niñez y la Adolescencia y el instructivo del CNNA”.

Sin perjuicio de las normas de la Ley Orgánica del Servicio Público, citadas en los antecedentes de este pronunciamiento, con respecto a la integración de las Juntas Cantonales de Protección de Derechos, el Art. 207 del Código de la Niñez y la Adolescencia, dispone que dichas juntas se integrarán con tres miembros principales y sus respectivos suplentes, los que serán elegidos por el Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia de entre candidatos que acrediten formación técnica necesaria para cumplir con las responsabilidades propias del cargo, propuestos por la sociedad civil. Durarán tres años en sus funciones y podrán ser reelegidos por una sola vez.

Agrega el artículo en mención, que el Reglamento que dicte el Presidente de la República, a propuesta del Consejo Nacional, establecerá los demás requisitos que deben reunirse para ser miembro de estas Juntas, las inhabilidades e incompatibilidades y los procedimientos para proponerlos y elegirlos.

Mediante Resolución No. 32 del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, publicada en el Registro Oficial No. 455 de 28 de octubre de 2008, fue expedida la reglamentación atinente a la Organización de las Juntas de Protección a la Niñez y Adolescencia, cuyo Art. 2 dispone que las mismas se crean en la ley, el Municipio respectivo las organiza a nivel cantonal o parroquial y el Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia elige a sus miembros principales y suplentes a través de un concurso público de méritos y oposición que se regula en un

reglamento en base a lo determinado en el Código de la Niñez y Adolescencia. El Art. 17, reformado, de la Ordenanza de Conformación y Funcionamiento del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia del Cantón Quinsaloma, de 13 de enero de 2009, dispone que “La junta Cantonal de Protección de Derechos estará integrada con tres miembros principales y sus respectivos suplentes, quienes mediante concurso serán elegidos por el Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia, cuyos postulantes deberán acreditar formación técnica necesaria para cumplir con las responsabilidades propias del cargo, y que durarán tres años en sus funciones y podrán ser reelegidos”.

De las disposiciones citadas se desprende que los miembros de las mencionadas juntas cantonales no son nombrados directamente por el Alcalde o por el Jefe de Recursos Humanos del Municipio de Quinsaloma, sino que dichos miembros son designados por el Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia del mismo nombre, luego de haber ganado el respectivo concurso de méritos y oposición, de conformidad con el Art. 207 del Código de la Niñez y la Adolescencia. En tal virtud, la sola expedición de los nombramientos a favor de los miembros de las Juntas Cantonales de Protección de Derechos, únicamente ratifica la designación de sus cargos.

Por lo tanto, a la fecha en que fue expedida la Acción de Personal por la cual se nombró a la psicóloga Alexandra Catalina Soto Sanabria, como miembro Principal de la Junta de Protección de la Niñez y Adolescencia, se aplicaba la derogada Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones de los Servidores Públicos, cuyo artículo 7, establecía que el nepotismo se configuraba cuando la autoridad nominadora designaba, nombraba o contrataba en un puesto o cargo público dentro de la misma función del Estado, a su cónyuge, conviviente en unión de hecho, o a sus parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

En tal virtud, en el caso formulado en la tercera pregunta, no se configuró el nepotismo establecido en el Art. 7 de la derogada LOSCCA, vigente a la fecha de expedición de la referida Acción de Personal, entre la Jefa del Talento Humano del Municipio de Quinsaloma y la psicóloga Alexandra Catalina Soto Sanabria, hermana de la primera funcionaria, porque la Jefa de Talento Humano del Municipio de Quinsaloma no fue la autoridad que nombró a su pariente como miembro de la Junta de Protección de la Niñez y Adolescencia, sino que fue el

Concejo Cantonal de la Niñez y la Adolescencia de Quinsaloma quien la nombró, como se aprecia del texto de la Resolución del referido Concejo No. 003-CCNA-QL de 4 de mayo del 2010, en aplicación del Art. 207 del Código de la Niñez y Adolescencia y del Art. 2 de la Resolución No. 32 del Concejo Nacional de la Niñez y Adolescencia.

La derogada Ley Orgánica de Servicio Civil Carrera Administrativa, vigente a la fecha en que se expidió el nombramiento a favor de la psicóloga Alexandra Catalina Soto Sanabria como miembro de la Junta de Protección de Derechos de Quinsaloma, en su artículo 7 que se refería al nepotismo, no preveía que se presente una excusa en caso de que servidores públicos, con algún grado de parentesco de los establecidos en la Ley, deban tomar decisiones en temas que generen conflictos de intereses, como así lo determina actualmente el inciso quinto del artículo 6 de la Ley Orgánica del Servicio Público al tratar sobre el nepotismo.

No obstante, la derogada Ley Orgánica de Servicio Civil Carrera Administrativa, en vigencia cuando se expidió el nombramiento de la psicóloga Soto Sanabria, en su artículo 26, entre las prohibiciones de los servidores públicos, preveía:

“...i) Resolver asuntos en que sean personalmente interesados, o lo sea su cónyuge o su conviviente en unión de hecho, o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o sus amigos íntimos o enemigos manifiestos...”.

Al tenor del artículo 2 de la Ordenanza Reformatoria, que reformó el artículo 17 de la Ordenanza de Conformación y Funcionamiento del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia del Cantón Quinsaloma, se establece que los miembros de la Junta Cantonal de la Niñez y Adolescencia de Quinsaloma, “mediante concurso serán elegidos por el Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia”; proceso que efectivamente se realizó, a través de una comisión designada para el efecto, al tenor de la parte considerativa de la Resolución Administrativa No. 003-CCNA-QL, por la que el indicado Concejo nombró a la psicóloga Alexandra Catalina Soto Sanabria como miembro de la Junta de Protección del Cantón Quinsaloma.

De la documentación remitida a esta Procuraduría, no consta que la señora Lorena Soto Sanabria, quien se desempeña como Jefa del Talento Humano del

Municipio de Quinsaloma y es hermana de la psicóloga Alexandra Catalina Soto Sanabria, designada como miembro de la Junta de Protección de Derechos de Quinsaloma, haya intervenido en la comisión que llevó adelante el concurso para designar a los miembros de la Junta de Protección de Derechos de Quinsaloma, por lo que tampoco se configuraría el conflicto de intereses al que hace referencia su tercera consulta y que se encontraba previsto en la letra i), del artículo 26 de la Ley Orgánica de Servicio Civil Carrera Administrativa, anteriormente citado y vigente a la fecha de dicha designación.

Adicionalmente, con relación al hecho de que la señora Lorena Soto Sanabria, Jefa de Talento Humano del Municipio de Quinsaloma, haya firmado la Acción de Personal por la cual se otorgó el nombramiento a su hermana como miembro Principal de la Junta de Protección de la Niñez y Adolescencia, con fundamento en el análisis jurídico realizado al atender esta consulta, ha quedado claramente establecido que al ser competencia del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia el nombramiento de los miembros de la Junta de Protección de la Niñez y la Adolescencia, la Acción de Personal expedida por el Municipio de Quinsaloma no constituye el acto administrativo por el cual se nombró a la psicóloga Alexandra Catalina Soto Sanabria como miembro de dicha Junta, sino que lo es la Resolución No. 003-CCNA-QL del Concejo Cantonal de la Niñez y la Adolescencia de Quinsaloma.

En tal virtud, la firma de la Acción de Personal por parte de la señora Lorena Soto Sanabria es un acto de trámite que no representa responsabilidad en dicha designación, sino únicamente en la expedición de la indicada Acción de Personal, que explica en su texto que ésta obedece a un nombramiento efectuado por el Concejo Cantonal de la Niñez y la Adolescencia de Quinsaloma mediante concurso de méritos.

La determinación de las responsabilidades que pudieran existir en la contratación o nombramiento de personas que se encuentren en los casos de nepotismo previstos en la ley, son de competencia de la Auditoría Interna de la entidad consultante y de la Contraloría General del Estado.

OF. PGE. N°: 01311, de 08-04-2011

**NEPOTISMO: MIEMBROS DEL H. CONSEJO SUPERIOR
EN UNIÓN DE HECHO**

ENTIDAD CONSULTANTE: UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA DE SANTA ELENA

CONSULTAS:

1. “¿El Artículo 6 del nepotismo, de la Ley Orgánica de Servicio Público, prohíbe a la autoridad nominadora (Rector), nombrar y contratar a docentes e investigadores, que tenga (sic) vínculos de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad con los miembros del H. Consejo Superior de la Universidad?”.

2. “¿Las prohibiciones establecidas en la (sic) Art. 6 de la Ley Orgánica de Servicio Público, incluyen también a los parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, a su cónyuge o con quien mantenga unión de hecho, del responsable o Director de la Unidad Administrativa del Talento Humano?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 229.

Ley Orgánica de Servicio Público Arts. 3, 6, 52, 65, 67 y Disp. Gen. Tercera.

Ley Orgánica de Educación Superior Art. 70.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. El informe jurídico que se ha acompañado a la consulta, contenido en memorando No. 019-AJ-SGP-2011 de 27 de enero de 2011, expone que: “La aplicación del artículo 6 del nepotismo determinado en la Ley Orgánica del Servicio Público, es de cumplimiento general para todas las servidoras y servidores públicos, inclusive para los docentes e investigadores amparados en la Ley Orgánica de Educación Superior”.

De conformidad con el artículo 229 de la Constitución de la República, son servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

El artículo 6 de la Ley Orgánica del Servicio Público, sobre cuya aplicación trata su consulta, prohíbe el nepotismo en el sector público, en los siguientes términos:

“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...”.

El artículo 3 de la misma Ley, incluye en su ámbito de aplicación, a toda la administración pública; y, respecto de los docentes universitarios, el antepenúltimo inciso de esa norma prevé que “se regularán en lo atinente a ascensos, evaluaciones y promociones por sus leyes específicas”.

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 Artículo 3 de esta Ley.

Por su parte, el artículo 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior, establece el régimen aplicable a los servidores, docentes e investigadores del sistema de educación superior, y dispone:

“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.

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...”.

La Universidad Estatal Península de Santa Elena fue creada mediante Ley No. 110 publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 366 de 22 de julio de 1998; por su carácter de Universidad Estatal, forma parte de la administración pública, y por tanto sus servidores, incluidos docentes e investigadores, están sujetos a la prohibición del nepotismo establecida en el artículo 6 de la LOSEP, de conformidad con la previsión expresa contenida en la Disposición General

Tercera de esa Ley. A los docentes e investigadores les es aplicable además, la Ley Orgánica de Educación Superior y el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema Nacional de Educación Superior, según el artículo 70 de esa Ley.

En consecuencia, siendo el Consejo Superior de la Universidad Estatal Península de Santa Elena, un órgano colegiado, la prohibición de nepotismo que establece el artículo 6 de la Ley Orgánica del Servicio Público, se extiende a sus miembros, lo que impide al Rector, como autoridad nominadora de los servidores públicos de esa Universidad Estatal, designar o contratar como docentes o investigadores, a personas que tengan vínculos de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, matrimonio o unión libre, con el Rector y/o con los miembros que integran el Consejo Superior de esa Universidad, de conformidad con la previsión expresa de la Disposición General Tercera de la LOSEP y el artículo 6 *ibidem*.

2. Del tenor literal del artículo 6 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que fue transcrito al atender su primera consulta, se desprende que la prohibición de contratar a familiares dentro de los grados de consanguinidad y afinidad establecidos en esa norma (cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad), o personas vinculadas por matrimonio o unión libre, 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.

Sin embargo, el quinto inciso del citado artículo 6 de la Ley Orgánica del Servicio Público, dispone además que: “En caso de que exista conflicto de intereses, entre servidores públicos de una misma institución, que tengan entre si algún grado de parentesco de los establecidos en esta Ley y deban tomar decisiones en relación al citado conflicto de interés, informarán a su inmediato superior sobre el caso y se excusarán inmediatamente de seguir conociendo el procedimiento controvertido, mientras sus superiores resuelven lo pertinente”.

Es pertinente considerar que de conformidad con el artículo 65 de la misma Ley, el ingreso a un puesto público debe ser efectuado mediante concurso de merecimientos y oposición, es decir, mediante un procedimiento de selección que evalúe la idoneidad de los interesados, garantice el libre acceso a los mismos y se realice bajo los preceptos de justicia, transparencia y sin discriminación alguna.

El artículo 52 *ibídem*, asigna a la Unidad de Administración del Talento Humano, entre otras atribuciones, la de: “i) Aplicar las normas técnicas emitidas por el Ministerio de Relaciones Laborales, sobre selección de personal, capacitación y desarrollo profesional con sustento en el Estatuto, Manual de Procesos de Descripción, Valoración y Clasificación de Puestos Genérico e Institucional”.

El artículo 67 de la misma Ley dispone que: “La autoridad nominadora designará a la persona que hubiere ganado el concurso, conforme al informe emitido por la Unidad de Administración del Talento Humano. La designación se hará en base a los mejores puntajes que hayan obtenido en el concurso”.

Tratándose de una norma de derecho público, la prohibición de nepotismo que establece el artículo 6 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que prohíbe la designación de las personas vinculadas por parentesco (hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad), matrimonio o unión libre con la autoridad nominadora y los miembros de los cuerpos colegiados de la respectiva entidad, no se puede extender a personas o autoridades distintas de las determinadas en dicha norma.

El Director de la Unidad Administrativa de Talento Humano es el funcionario responsable de aplicar las normas técnicas sobre selección de personal, y de emitir informe sobre la persona que hubiere ganado un concurso de selección para ingresar como servidor público a la entidad, de conformidad con la letra i) del artículo 52 y el artículo 67 de la LOSEP, respectivamente. Por tanto, se produciría un conflicto de interés si en los procesos de selección intervienen personas que mantengan parentesco o tengan la calidad de cónyuge o conviviente del Director o responsable de la Unidad Administrativa de Talento Humano, generándose la obligación legal para dicho funcionario, de excusarse de conocer e intervenir en esos procedimientos de selección, por así disponerlo el quinto inciso del artículo 6 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

En atención a su consulta, se concluye que los familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, cónyuge o conviviente del Director de la Unidad Administrativa de Talento Humano, si bien no incurrir en la prohibición de nepotismo establecida en el artículo 6 de la LOSEP, pues dicho funcionario no es su autoridad nominadora, ni integra el Consejo Universitario de la Universidad Estatal Península de Santa Elena; sin embargo, atenta la naturaleza de las competencias que respecto de los procesos de selección de personal, asigna

a dicho funcionario el artículo 52 de la LOSEP, el Director o responsable de la Unidad Administrativa de Talento Humano, tiene la obligación legal de abstenerse de intervenir en los procedimientos de selección de personal en que participen las personas vinculadas con él por parentesco, matrimonio o unión libre, por existir conflicto de interés, en los términos establecidos en el quinto inciso del artículo 6 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

OF. PGE. N°: 00467, de 16-02-2011

**PATRONATO MUNICIPAL: SERVICIO DE CARÁCTER SOCIAL, PERSONAS
DE ESCAZOS RECURSOS ECONÓMICOS
-SUPRESIÓN DE PUESTOS-**

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN PILLARO

CONSULTAS:

1. “¿El patronato municipal, creado en el año de 1986, puede brindar servicio de atención médica y estudio, fundamentándose en la disposición general octava del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización?”.
2. “En caso de ser negativa la respuesta a la consulta anterior, ¿Qué mecanismo se debería implementar para continuar prestando los servicios de carácter social que se han indicado?”.
3. “De no existir mecanismo para brindar estos servicios ¿Se deben suprimir las partidas presupuestarias de las personas que se encuentran laborando en estas dependencias?”.
4. “Si es positiva la respuesta que se refiere a la supresión de puestos, indique el mecanismo que se debe seguir para la indemnización pertinente a los funcionarios municipales indicados, toda vez que dentro del presupuesto aprobado por el I. Concejo Cantonal, para el ejercicio 2011, no se ha previsto rubro alguno para este concepto y la COOTAC (sic) no prevé la posibilidad de crear partidas presupuestarias para este fin”.
5. “Puede la municipalidad a través del Patronato Municipal, seguir realizando donaciones de raciones alimenticias a personas de escasos recursos económicos del Cantón”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 3 num. 1, 13, 26, 35, 37 num. 1, 166 y 261 num. 6.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 5 lit. bb), 57, 138, 249, 257, 328 y Disp. Gen. Octava.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Arts. 104 y 108.

Ley Orgánica de Servicio Público Arts. 47 lit. c) y 60, y, 104 de su Reglamento.

Ordenanza que crea el Patronato de Amparo Social Santiago de Píllaro Arts. 1, 2, 3 num. 1, 32.

D. E. N° 544 Art. 1.

PRONUNCIAMIENTOS:

1 y 2. En el oficio de consulta se expone que la Municipalidad de Santiago de Píllaro creó en el año 1986 el Patronato Municipal, en base a las competencias que le confería la entonces vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal. Se agrega que el Patronato cuenta en la actualidad con los Departamentos médico, odontológico y psicológico; centros gerontológicos municipales, la Escuela Inclusiva Juan Montalvo, Asilo de Ancianos Señor de los Remedios, Unidad de Rehabilitación Física; y, que mensualmente realiza la donación de alimentos a aproximadamente 1400 familias de escasos recursos económicos.

Con respecto a la Escuela Inclusiva Juan Montalvo, la consulta expone que existe un convenio vigente suscrito entre el Ministerio de Educación y la Municipalidad de Santiago de Píllaro, por lo que considera que dicho servicio puede mantenerse por existir el consentimiento del titular de la competencia.

De la copia certificada remitida a pedido nuestro, del Convenio de Cooperación suscrito entre la Municipalidad del Cantón Píllaro y la Dirección de Educación Hispana de Tungurahua, suscrito el 6 de marzo de 2007, se desprende que esas entidades han trabajado en forma conjunta en la Escuela Juan Francisco Montalvo, que es una institución educativa que atiende a niños, adolescentes y jóvenes con necesidades educativas especiales asociadas a la discapacidad.

En la cláusula “obligaciones” del Convenio, constan entre otras, que el Ministerio de Educación “proveerá de acuerdo a su disponibilidad partidas presupuestarias para el personal requerido” y que la Municipalidad proveerá apoyo médico y odontológico permanente a los niños, niñas, adolescentes y jóvenes de la institución educativa, con y sin discapacidad.

El informe del Procurador Síndico Municipal, contenido en memorando No. AJ-11-110 de 28 de marzo de 2011 remitido a pedido nuestro, cita entre otras normas la Disposición General Octava del COOTAD, que con respecto a los patronatos, prevé que se conserven como instituciones de derecho público; y, los artículos 1, 2 y 3 de la Ordenanza que regula el funcionamiento del Patronato Municipal de Amparo Social de Santiago de Pillaro, que establece sus fines y objetivos.

Agrega el informe jurídico que se encuentran vigentes los Reglamentos expedidos por el Concejo Municipal, que regulan el funcionamiento del Asilo de Ancianos Señor de los Remedios, de la Unidad Básica de Rehabilitación Física Municipal y de la unidad de odontología; así como los Reglamentos que regulan la concesión de becas a estudiantes de niveles primario y secundario.

Argumenta el citado informe jurídico que si bien el COOTAD no asigna a los gobiernos autónomos descentralizados municipales competencia para prestar servicios de atención médica, “al haber considerado el COOTAD la permanencia de los patronatos municipales, en la estructura administrativa de los GAD’s, como instituciones de derecho público, permite que éstos (los patronatos) mantengan la prestación de servicios que prestaban, antes de la vigencia de ésta norma”. Añade que la Disposición General Octava del COOTAD, indica que los patronatos deberán ser regidos e integrados a las políticas sociales de cada gobierno “por lo que cada servicio que preste este organismo, deberá ser considerado por el Concejo Municipal o Alcalde como una política social del gobierno cantonal”.

Sobre dicha base concluye manifestando que: “el Patronato Municipal puede seguir prestando atención en los sectores, que claramente constan en la ordenanza que rige su organización y accionar, con sujeción a la normativa nacional”.

En atención a nuestro pedido, se ha remitido copia de la Ordenanza aprobada por el Concejo Municipal de Pillaro en sesiones de 3 de septiembre y 15 de octubre de 1996, por la que se creó el Patronato de Amparo Social Santiago de Pillaro.

Según el artículo 1 de la referida Ordenanza, el Patronato es una organización de carácter social y sin fines de lucro, creado con la finalidad de prestar ayuda a las familias desprotegidas del cantón. Sus objetivos, establecidos en el artículo 2 de la misma Ordenanza, incluyen entre otros: a) Velar por las familias de escasos recursos económicos del cantón y fundamentalmente por los niños y ancianos

desprotegidos y que se encuentren desamparados y carezcan de cuidado y protección familiar, previo el análisis del caso en base de un informe de trabajo social..; c) Buscar la ayuda de Instituciones y/u Organizaciones nacionales o internacionales con igual finalidad, para la implementación y ejecución de proyectos de interés social..”.

El artículo 3 ibídem, dispone que el Patronato establecerá para los niños menores de doce años y ancianos de escasos recursos económicos los siguientes servicios: “a) Atención Médica; b) Dotación de medicamentos; c) En las guarderías infantiles se les proporcionará vestuario y alimentación; d) A los niños cuya situación de extrema pobreza haya sido determinada por el Patronato, se les proporcionarán útiles escolares...”.

El numeral 1 del artículo 3 de la Constitución de la República, establece como deber primordial del Estado, garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.

El artículo 32 ibídem, dispone que la salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros, como los derechos a la alimentación, educación, seguridad social, ambientes sanos y aquellos que sustenten el buen vivir. Añade la norma constitucional, que el Estado garantizará el derecho a la salud mediante políticas económicas y sociales, y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud; y, que la prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.

Con respecto a la educación, el artículo 26 de la Constitución de la República, dispone que es un derecho de las personas y un deber ineludible e inexcusable del Estado, y prevé que la educación 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. El artículo 28 ibídem, dispone que la educación pública será universal y laica en todos sus niveles, y gratuita hasta el tercer nivel de educación superior inclusive.

El artículo 35 de la Constitución de la República incluye dentro del grupo de atención prioritaria, a las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, las cuales recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, que se hará extensiva a las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos; y agrega que, el Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.

En relación a los adultos mayores, el numeral 1 del artículo 37 de la Constitución de la República, dispone que el Estado les garantice el derecho a la atención gratuita y especializada de salud, así como el acceso gratuito a medicinas.

De las normas citadas se desprende que la Constitución de la República garantiza en forma amplia los derechos a la salud y a la educación, de las personas que integran los grupos de atención prioritaria, entre ellos los adultos mayores, los niños y las personas con discapacidad.

En cuanto se refiere a la distribución de competencias entre los distintos niveles de gobierno, si bien el numeral 6 del artículo 261 de la Constitución de la República, confiere al Estado central competencias exclusivas para determinar las políticas de educación y salud, entre otras, el artículo 260 *ibidem*, establece que 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 concordancia, el artículo 138 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, dispone que es facultad exclusiva del gobierno central la rectoría y definición de las políticas nacionales de salud y educación, pero que el ejercicio de estas competencias no excluirá la gestión concurrente con los gobiernos autónomos descentralizados en la planificación, construcción y mantenimiento de la infraestructura física, así como actividades de colaboración y complementariedad entre los distintos niveles de gobierno, en el marco de los sistemas nacionales correspondientes.

En consecuencia, la Constitución de la República y el COOTAD concuerdan al determinar que la rectoría de las políticas en materia de salud y educación es

competencia exclusiva del Estado Central, pero prevén en forma expresa que los distintos niveles de gobierno pueden colaborar en la prestación de los servicios públicos.

La Disposición General Octava del COOTAD, establece que los gobiernos provinciales, metropolitanos y municipales conservarán los patronatos como instituciones de derecho público, regidas e integradas por las políticas sociales de cada gobierno.

De conformidad con la letra bb) del artículo 57 del COOTAD, es atribución del concejo municipal: “bb) Instituir el sistema cantonal de protección integral para los grupos de atención prioritaria”.

En concordancia, el artículo 249 del COOTAD prevé que: “No se aprobará el presupuesto del gobierno autónomo descentralizado, si en el mismo no se asigna, por lo menos, el diez por ciento (10%) de sus ingresos no tributarios, para el financiamiento de la planificación y ejecución de programas sociales para la atención a grupos de atención prioritaria”.

En atención a los términos de su primera consulta, analizados los fines y servicios que presta el Patronato Municipal de Amparo Social de Santiago de Pillaro, establecidos en los artículos 2 y 3 de la Ordenanza que lo regula, en aplicación del artículo 35 de la Constitución de la República, que establece que las personas que integran los grupos vulnerables, entre ellos niños, adultos mayores y discapacitados, deben recibir atención prioritaria en los ámbitos público y privado, y de conformidad con la Disposición General Octava del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que establece que los patronatos se regirán e integrarán a las políticas sociales de cada Gobierno Autónomo Descentralizado, se concluye que el Patronato Municipal del Cantón Pillaro, puede continuar prestando los servicios de atención médica y de salud para los que fue creado.

Al efecto, de conformidad con la citada Disposición General Octava del COOTAD, el Patronato Municipal de Amparo Social del Cantón Santiago de Pillaro, debe regirse e integrarse a las políticas sociales del Municipio de Gonzalo Pizarro, y organizarse como una institución de derecho público, debiendo por tanto armonizar la Ordenanza que regula el Funcionamiento del Patronato Municipal de Amparo Social de Santiago de Pillaro, aprobada por el Concejo de esa

Municipalidad en sesiones de 3 de septiembre y 15 de octubre de 1996 conforme a la derogada Ley de Régimen Municipal, al vigente COOTAD.

Con respecto a su segunda consulta se concluye que las actividades en las áreas de salud y educación que presta el Patronato, deberán ser debidamente planificadas, constar en el sistema cantonal de protección integral para grupos de atención prioritaria, que debe instituir el Concejo Municipal por mandato de la letra bb) del artículo 57 del COOTAD; por lo que en el presupuesto municipal, el Concejo deberá asignar recursos para el funcionamiento del Patronato, de aquellos establecidos en el artículo 249 del COOTAD, para la ejecución de programas sociales para la atención a grupos de atención prioritaria.

3 y 4. En el oficio de consulta se describen los puestos del personal de la municipalidad asignado al Patronato, compuesto por médico, odontóloga, psicóloga clínica, trabajadora social, asistentes administrativos, auxiliar de enfermería, entre otros.

El informe jurídico del Procurador Síndico al que antes se hizo referencia, cita entre otras normas, el artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que establece la carrera del servicio público y garantiza la estabilidad de los servidores de carrera. Invoca además los artículos 35 y 36 de la LOSEP, que regulan el traslado administrativo; y, el artículo 47 *ibídem*, que en la letra c) incluye a la supresión de puesto como causa para la cesación definitiva del servidor.

Sobre dicha base concluye el Procurador Síndico Municipal, que de no poder la Municipalidad brindar los servicios que presta a través del Patronato, con la finalidad de garantizar la estabilidad de los servidores municipales podría realizar traslados administrativos dentro de las diversas dependencias de la Municipalidad, y de no ser posible, suprimir las partidas cancelándoles las respectivas indemnizaciones, citando al efecto entre otras normas, el artículo 108 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que ordena que todo flujo de recurso público debe estar contemplado obligatoriamente en los presupuestos institucionales.

Sin embargo, conforme se ha concluido al atender sus dos primeras consultas, en aplicación de la Disposición General Octava del COOTAD, el Patronato Municipal del Cantón Pillaro puede continuar prestando los servicios de atención médica y

de salud a las personas que están incluidas entre los grupos de atención prioritaria a las que se refiere tanto el artículo 35 de la Constitución de la República como el propio COOTAD, que en sus artículos 57 letra bb) y 249 prevé que se asignen recursos del presupuesto del gobierno autónomo municipal para la ejecución de programas sociales en beneficio de las personas que integran los grupos de atención prioritaria.

La Ley Orgánica del Servicio Público constituye el marco general que regula las relaciones entre las instituciones del sector público y sus servidores; el numeral 2 del artículo 3 de esa Ley, incluye en su ámbito de aplicación a las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y el artículo 354 del COOTAD, dispone que los servidores públicos de cada gobierno autónomo descentralizado, se regirán por el marco general que establezca la ley que regule el servicio público.

El segundo inciso del artículo 354 del COOTAD, asigna competencia a los gobiernos autónomos descentralizados para regular la administración del talento humano en función de “sus propias y particulares realidades locales y financieras”.

De conformidad con la letra c) del artículo 47 de la LOSEP, la supresión del puesto es una causa de cesación definitiva del personal de carrera del servicio público. El proceso de supresión de puestos, según el artículo 60 de la misma Ley, procede por “razones técnicas, funcionales y económicas de los organismos y dependencias estatales”. La supresión de partidas da lugar al pago de una indemnización, de conformidad con la Disposición General Primera de la LOSEP.

En atención a los términos de su tercera y cuarta consultas se concluye que, toda vez que los Patronatos creados por los gobiernos autónomos descentralizados pueden continuar funcionando como instituciones de derecho público de conformidad con la Disposición General Octava del COOTAD, no es procedente la supresión de las partidas presupuestarias del personal de servidores municipales, ni el pago de la indemnización por tal concepto, respecto del personal que se encuentre laborando en las dependencias del Patronato Municipal del Cantón Santiago de Pillaro.

Lo expuesto, en consideración a que los patronatos municipales no eran entidades de derecho público, sino que a partir de la expedición del COOTAD,

en base de la Disposición General Octava del indicado Código Orgánico, se les reconoce la calidad de organismos de derecho público, para lo cual previamente deberán organizarse como tales.

Al efecto, se reitera que de conformidad con la citada Disposición General Octava del COOTAD, el Patronato Municipal de Amparo Social del Cantón Santiago de Píllaro, debe organizarse como una institución de derecho público, por lo que el Concejo Cantonal deberá reformar en tal sentido la Ordenanza que regula el funcionamiento del Patronato Municipal y una vez que se cumpla aquello, recién entonces cabe considerar la posibilidad de suprimir partidas en dicha entidad por “razones técnicas, funcionales y económicas”, conforme el artículo 60 de la Ley Orgánica del Servicio Público, en concordancia con el artículo 104 de su Reglamento General, que dispone que la supresión de puestos debe efectuarse de acuerdo a las políticas y lineamientos metodológicos que establezca el Ministerio de Relaciones Laborales, luego del debido proceso técnico.

5. El informe del Procurador Síndico Municipal cita las disposiciones del artículo 13 de la Constitución de la República que garantiza el derecho a la alimentación y que impone al Estado el deber de reconocer y garantizar el derecho a la soberanía alimentaria.

El informe cita además el artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que dispone: “Art. 104.- Prohibición de donaciones.- Prohíbese 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 informe del Procurador Síndico argumenta que existe una contraposición, pues el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas prohíbe las donaciones o asignaciones no reembolsables a personas naturales, pero la Constitución de la República dispone que el Estado debe garantizar el derecho a la soberanía alimentaria; y, concluye manifestando que: “por ser un derecho consagrado en la Constitución de la República del Ecuador, la municipalidad podrá seguir donando alimentos a las 1400 familias de escasos recursos económicos de Santiago de Píllaro”.

De los artículos 2 y 3 de la Ordenanza que regula el funcionamiento del Patronato de Amparo Social Santiago de Pillaro, que fueron citadas al atender su primera consulta, se desprende que el Patronato tiene entre sus fines primordiales prestar atención a personas que forman parte de los grupos vulnerables como niños, adultos mayores y personas con discapacidad, para lo que ha implementado los servicios asistenciales establecidos en dicha Ordenanza, entre los que la letra c) del artículo 3 incluye la dotación de alimentos en las guarderías infantiles únicamente.

El derecho de las personas a la alimentación, consta tanto en el artículo 13 como en el numeral 1 del artículo 3 de la Constitución de la República, que establece como deber primordial del Estado, garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.

El artículo 35 de la Constitución de la República incluye dentro del grupo de atención prioritaria, a las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, y dispone que dichas personas deberán recibir atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado.

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

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

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

De las normas transcritas se desprende que, por excepción a la prohibición establecida por el artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, las instituciones del sector público pueden realizar transferencias directas de recursos públicos a favor de personas jurídicas de derecho privado, siempre que estén destinadas exclusivamente a la ejecución de programas o proyectos de inversión en beneficio directo de la colectividad.

En la especie, no se trata de una donación o transferencia de dinero en beneficio de personas naturales, sino de una prestación de un servicio de asistencia social, a personas de escasos recursos, tendiente a proveerles de alimentación, lo cual concuerda con los fines del Patronato, establecidos en el artículo 2 de la Ordenanza que regula su funcionamiento y cuya copia ha sido remitida a esta Procuraduría.

Al atender su primera consulta se analizó que de conformidad con la letra bb) del artículo 57 del COOTAD, es atribución del concejo municipal, “bb) Instituir el sistema cantonal de protección integral para los grupos de atención prioritaria”; y, que el artículo 249 *ibídem*, prevé que no se aprobará el presupuesto del gobierno autónomo descentralizado, si en el mismo no se asigna, por lo menos, el diez por ciento (10%) de sus ingresos no tributarios, para el financiamiento de la planificación y ejecución de programas sociales para la atención a grupos de atención prioritaria.

Por tanto, en atención a los términos de su quinta consulta, en aplicación de los artículos 3, 13 y 35 de la Constitución de la República, que consagran el derecho a la alimentación y el deber del Estado de garantizar el goce de dicho derecho, y analizados los fines y servicios que presta el Patronato Municipal de Amparo Social de Santiago de Píllaro, establecidos en los artículos 2 y 3 de la Ordenanza que lo regula, se concluye en el marco de los servicios de asistencia social que presta, puede continuar donando raciones alimenticias a personas de escasos recursos económicos de ese cantón, como prestación de un servicio de asistencia social.

Es responsabilidad del Gobierno Municipal del Cantón Píllaro, determinar los grupos que en consideración a su situación económica o social se beneficien de la distribución gratuita de los alimentos, que motiva su consulta, tomando en cuenta los grupos de atención prioritaria señalados en el citado Art. 35 de la Constitución de la República.

Además, deberá tomar en cuenta que el artículo 166 *ibidem*, prevé que: “Toda norma que expida un gobierno autónomo descentralizado que genere una obligación financiada con recursos públicos establecerá la fuente de financiamiento correspondiente” y el artículo 254 del mismo Código Orgánico, prohíbe efectuar cualquier egreso de recursos públicos, sino es con cargo al presupuesto del ejercicio vigente.

En concordancia, el artículo 257 del Código Orgánico en análisis, establece que no podrán efectuarse traspasos de créditos del presupuesto de los organismos de los gobiernos autónomos descentralizados: “2. Para creación de nuevos cargos o aumentos de las asignaciones para sueldos constantes en el presupuesto, salvo en los casos previstos para atender inversiones originadas en nuevas competencias, adquisición de maquinarias para la ejecución de la obra pública u otras similares”.

El artículo 328 *ibidem*, prohíbe a los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados: “...g) Aprobar ordenanzas, acuerdos o resoluciones que no hayan cumplido los procedimientos establecidos en el presente Código”.

Por su parte, el artículo 108 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, prescribe que todo flujo de recurso público deberá estar contemplado obligatoriamente en el Presupuesto General del Estado o en los Presupuestos de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, Empresas Públicas, Banca Pública y Seguridad Social; y, la Disposición General Segunda del mismo Código determina que toda ley, decreto, acuerdo, resolución o cualquier otro instrumento legal o administrativo que comprometa recursos públicos, se aplicará únicamente si cuenta con la fuente de financiamiento respectiva.

OF. PGE. N°: 01853. de 18-05-2011

**PATRONATO MUNICIPAL DE AMPARO SOCIAL:
ASISTENCIA SOCIAL A GRUPOS DE ATENCIÓN PRIORITARIA**

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN CARLOS JULIO AROSEMENA TOLA

CONSULTA:

“..Quiero como representante legal del Gobierno Municipal de Carlos Julio Arosemena Tola, solicitar a usted el asesoramiento jurídico sobre la institución del Patronato Municipal de Amparo Social, y de manera puntual quiero saber si existe alguna norma constitucional o legal que impida que esta institución autónoma municipal continúe brindando su servicio encomiable y altruista a los grupos de atención prioritaria en la jurisdicción cantonal de Carlos Julio Arosemena Tola”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 35.

Ley Orgánica de Régimen Municipal Art. 149 lit. m).

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 54 lit. j), 166, Disps. Gen. Octava y Trans. Vigésimo Segunda.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Art. 108.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, derogatoria N° 7.

Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal Art. 149 lit. m) (derogada).

Ordenanza “Patronato de Amparo Social del Gobierno Municipal de Carlos Julio Arosemena Tola” Arts. 1, 3 y 6 lit. a) num. 1.

PRONUNCIAMIENTO:

El informe jurídico del señor Procurador Síndico Municipal, contenido en memorando No. 308-AJ de 9 de diciembre de 2010, expone que la letra m) del artículo 149 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal establecía como competencia de las Municipalidades, la planificación, ejecución, coordinación y evaluación, con la participación activa de la comunidad, de las organizaciones y de otros sectores relacionados, de los programas sociales para la atención a niños de la calle, jóvenes, nutrición infantil, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, de la tercera edad, prevención y atención a la violencia doméstica.

Agrega el citado informe jurídico que para desarrollar dichas actividades, los Municipios crearon los Patronatos de amparo social, que en el caso particular del Gobierno Municipal de Carlos Julio Arosemena Tola, se creó mediante Ordenanza, previendo que su financiamiento provendría del 10% de los ingresos no tributarios municipales, de conformidad con el artículo 516 de la entonces vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal.

El informe jurídico señala que la letra j) del artículo 54 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), asigna

a los gobiernos autónomos descentralizados atribución para implementar los sistemas de protección integral del cantón que aseguren el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales, lo cual incluirá la conformación de redes de protección de derechos de los grupos de atención prioritaria.

Sobre dicha base, concluye el señor Procurador Síndico Municipal que: “No existe norma alguna expresa que prohíba que los Patronatos Municipales de Amparo Social continúen brindando la atención eficaz y oportuna a los grupos denominados actualmente de atención prioritaria, sino que más bien ratifican su permanencia por su importancia en la labor de asistencia social dentro de las respectivas jurisdicciones cantonales”.

El artículo 1 de la Ordenanza que crea y regula el funcionamiento del Patronato de Amparo Social del Gobierno Municipal de Carlos Julio Arosemena Tola, constituye ese Patronato “como organismo adscrito y dependiente a esta Municipalidad, sin afán de lucro con finalidad social y pública con autonomía técnica y de gestión, con presupuesto asignado por el Concejo y patrimonio propio...”.

Los objetivos del Patronato, determinados en el artículo 3 de la citada Ordenanza, son entre otros, prestar servicios de asistencia social, médica y ayuda humanitaria a los sectores poblacionales más vulnerables.

En cuanto se refiere a las fuentes de financiamiento del Patronato, la letra a) del artículo 6 de la misma Ordenanza dispone:

“Art. 6.- FUENTES DE FINANCIAMIENTO.- Son fuentes de financiamiento del Patronato, las siguientes:

- a) La asignación anual contemplada en el presupuesto municipal aprobado por el Concejo de acuerdo al presupuesto requerido, derivado de los planes y programas preparados por el Patronato, entregados previamente el año inmediato anterior hasta el 30 de septiembre a la Dirección Financiera Municipal, y que será ajustado dentro del 25% derivado del porcentaje del presupuesto destinado por el Concejo de conformidad con lo dispuesto en el Art. 516 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal para los programas sociales que señala en el literal m) del Art. 419 del mismo cuerpo legal;

Asignación que a su vez el Municipio parcialmente se financia por medio de:

1.- La contribución del 2% que deberán los contratistas de: ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría, y de consultorías que adquieran obligaciones en contratos de montos superiores a \$ 4.000 celebrados con la Municipalidad de Carlos Julio Arosemena Tola, efectuar al momento de pago de planillas de avance y liquidación...”.

En materia de asistencia social, la letra m) del artículo 149 de la derogada Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, citada en el informe jurídico del consultante, efectivamente asignaba a las Municipalidades competencia para ejecutar programas sociales para la atención a niños de la calle, jóvenes, nutrición infantil, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, de la tercera edad, prevención y atención a la violencia doméstica, en el marco que establecían los artículos 47 y siguientes de la entonces vigente Constitución Política de 1998, que disponía que las personas consideradas como “grupos vulnerables” (niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, las que adolecen de enfermedades catastróficas de alta complejidad y las de la tercera edad), recibirían atención prioritaria, preferente y especializada en el ámbito público y privado.

Similar previsión consta en el artículo 35 del capítulo III de la vigente Constitución de la República, que bajo el título “Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria”, dispone: “Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad”.

Por su parte, la letra j) del artículo 54 del vigente Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), establece que son funciones del gobierno autónomo descentralizado municipal, entre otras: “j) Implementar los sistemas de protección integral del cantón que aseguren el ejercicio garantía y exigibilidad de los derechos consagrados en la Constitución

y en los instrumentos internacionales, lo cual incluirá la conformación de los consejos cantonales, juntas cantonales y redes de protección de derechos de los grupos de atención prioritaria. Para la atención en las zonas rurales coordinará con los gobiernos autónomos parroquiales y provinciales”.

De lo expuesto se desprende que el artículo 35 de la Constitución de la República determina las personas que integran grupos de atención prioritaria, como por ejemplo los adultos mayores, mujeres embarazadas, niños, niñas y adolescentes y personas con discapacidades, entre otras, para efectos de reconocerles atención preferente y especializada en los ámbitos público y privado; y, que en el entorno cantonal, corresponde a las Municipalidades, implementar sistemas de protección integral con la finalidad de proteger los derechos de las personas que forman parte de los grupos de atención prioritaria, de conformidad con la letra j) del citado artículo 54 del COOTAD.

En cuanto se refiere a los patronatos, la Disposición General Octava del COOTAD, prescribe que: “Los gobiernos provinciales, metropolitanos y municipales conservarán los patronatos como instituciones de derecho público, regidas e integradas por las políticas sociales de cada gobierno”.

El Patronato Municipal de Amparo Social del Gobierno Municipal de Carlos Julio Arosemena Tola, conforme señalé en líneas anteriores, fue creado mediante Ordenanza publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 192 de 17 de octubre de 2007; es decir, antes de la vigencia del COOTAD.

La Disposición Transitoria Vigésimo Segunda del referido Código Orgánico dispone que en el período actual de funciones, todos los órganos normativos de los gobiernos autónomos descentralizados deberán actualizar y codificar las normas vigentes en cada circunscripción territorial.

El artículo 166 *ibidem*, dispone que: “Toda norma que expida un gobierno autónomo descentralizado que genere una obligación financiada con recursos públicos establecerá la fuente de financiamiento correspondiente”; y, el artículo 328 del mismo Código Orgánico en estudio prohíbe a los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados: “...g) Aprobar ordenanzas, acuerdos o resoluciones que no hayan cumplido los procedimientos establecidos en el presente Código”.

En concordancia, el artículo 108 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, dispone que todo flujo de recurso público deberá estar contemplado

obligatoriamente en el Presupuesto General del Estado o en los Presupuestos de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, Empresas Públicas, Banca Pública y Seguridad Social; y, la Disposición General Segunda del mismo Código determina que toda ley, decreto, acuerdo, resolución o cualquier otro instrumento legal o administrativo que comprometa recursos públicos, se aplicará únicamente si cuenta con la fuente de financiamiento respectiva.

De las normas citadas se concluye que en aplicación de la Disposición General Octava del COOTAD, que prescribe que los gobiernos provinciales, metropolitanos y municipales conservarán los patronatos, como instituciones de derecho público; y, de la Disposición Transitoria Vigésimo Segunda del mismo Código que ordena a los gobiernos autónomos descentralizados, actualizar y codificar las normas vigentes en cada circunscripción territorial, corresponde al Concejo Cantonal de la Municipalidad del Cantón Carlos Julio Arosemena Tola, actualizar y adecuar la Ordenanza que crea y regula el funcionamiento de Patronato de Amparo Social de esa Municipalidad, a fin de que guarde conformidad con el vigente COOTAD.

Al efecto, el Concejo Cantonal deberá considerar que de conformidad con la citada Disposición General Octava del COOTAD, los Patronatos deben constituirse como instituciones de derecho público; y, según el artículo 166 *ibidem*, la Ordenanza deberá establecer la fuente de financiamiento de la asignación que del presupuesto municipal, el Concejo destine al funcionamiento de dicho Patronato, sin que su financiamiento pueda provenir de contribuciones de los contratistas de la Municipalidad, como lo prevé el artículo 6, letra a), numeral 1 de la Ordenanza que crea el Patronato, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 192 de 17 de octubre de 2007, atenta la derogatoria No. 7 dispuesta por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que dejó sin efecto la contribución del uno por mil sobre los montos de contratos celebrados con instituciones del sector público, prevista en el artículo 26 de la Ley de Ejercicio Profesional de la Ingeniería, 10 de la Ley de Ejercicio Profesional de la Ingeniería Civil; y, 31 de la Ley de Ejercicio Profesional de la Arquitectura, y toda otra contribución de similar naturaleza.

En atención a los términos de su consulta se concluye que el Patronato Municipal de Amparo Social de la Municipalidad de Carlos Julio Arosemena Tola, puede continuar brindando servicios de asistencia social a los grupos de atención

prioritaria, siendo lo procedente que el Concejo Cantonal de esa Municipalidad, actualice la Ordenanza de creación de dicho Patronato, a efectos de adecuarla a la legislación vigente.

OF. PGE. N°: 00526. de 21-02-2011

PENSIÓN DE MONTEPIO: DERECHOHABIENTES DE LAS FUERZAS ARMADAS

ENTIDAD CONSULTANTE: INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE LA POLICÍA NACIONAL, ISSPOL

CONSULTAS:

1. “¿Puede o no reconocerse doble pensión de montepío a favor de una derechohabiente que sería beneficiaria por su condición de madre y cónyuge de causantes asegurados a este Instituto de Seguridad Social?”.
2. “¿Puede el ISSPOL reconocer el pago de anualidades por matrimonio contemplado en el artículo 35 de la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional a quienes fueron calificados como pensionistas por la Ley de Pensiones de las Fuerzas Armadas, anualidades que no constaban en esta última Ley?”.
3. “¿Puede el ISSPOL negar el derecho a acrecer pensiones a la madre de acuerdo a lo establecido en el Art. 35 de la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional si la hija del causante contrae matrimonio y la madre montepiada obtuvo el derecho de pensión mediante la Ley de Pensiones de las Fuerzas Armadas?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 3 num. 1, 237 num. 3, 427, 429 y 436 num. 1 y 2.

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

Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional Arts. 33, 34, 35 y 42.

Reglamento del Seguro de Retiro, Invalidez y Muerte Art. 73.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. En el informe jurídico del Asesor del ISSPOL, contenido en oficio No. 0192-AJ-ISSPOL de 25 de agosto de 2010, cuya copia certificada ha sido remitida en atención a nuestro requerimiento, se expone como antecedente el caso de

la señora Luz Angélica Gavilánez Guanoluisa, a quien inicialmente la Junta Calificadora de Servicios Policiales, otorgó pensión de montepío como viuda del Cabo Primero de Policía Conde Freire Víctor Heriberto.

Se agrega que, con posterioridad se ha conferido a la misma persona, pensión de montepío, en calidad de madre del fallecido Cabo Primero de Policía William Salomón Conde Gavilánez.

Del Acuerdo No. 96-020-M de 23 de marzo de 2010, que en copia certificada se ha remitido a pedido nuestro, consta que la Junta Calificadora de Servicios Policiales, en Acuerdo No. 2001-82-M de 27 de junio de 2001, ha resuelto sobre la base del artículo 42 de la Ley de Seguridad de la Policía Nacional, que la indicada beneficiaria de montepío perciba una sola pensión la proveniente de su hijo; lo que ha sido dejado sin efecto por el Acuerdo No. 96-020-M de 23 de marzo de 2010, por el que se ha rehabilitado la pensión de montepío en beneficio de la señora Luz Angélica Gavilánez Guanoluisa, en calidad de viuda del causante Víctor Heriberto Conde Freire.

Sin embargo, mediante Resolución No. 0123-CS-SO-16-2010, de 16 de noviembre de 2010, que en copia certificada se ha remitido, el Consejo Superior del ISSPOL ha resuelto disponer al Director de Prestaciones, “que hasta obtener el pronunciamiento del señor Procurador General del Estado, proceda a la suspensión de la segunda pensión que se haya reconocido a una misma persona que estando en goce de una pensión de montepío, haya accedido a esta segunda pensión en su calidad de derechohabiente de un segundo causante”.

El informe jurídico expone que: “El derecho a las dos pensiones es procedente por cuanto se trata de causantes diferentes y de derechos adquiridos, cuyo reconocimiento se encuentra garantizado por la Constitución de la República; tal reconocimiento se lo debe realizar aún por sobre el contenido del Art. 42 de la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional, pues, este sería inconstitucional. Para referencia de este aspecto conviene señalar que disposición de igual tenor, con el mismo número 42 de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en el caso No. 020-2003-TC”.

La Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional, fue publicada en el Registro Oficial No. 707 de 1 de junio de 1995, y su Disposición Transitoria Segunda

ordenó que el personal en servicio activo de la Policía Nacional, afiliado a la Caja Policial, así como los pensionistas del Estado, derechohabientes y dependientes del personal en servicio activo y pasivo, constarán en los registros de afiliación y se constituyen en asegurados del ISSPOL.

El artículo 42 de la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional, sobre cuya aplicación versa la consulta, dispone:

“Art. 42.- El pensionista de retiro, discapacidad o invalidez solo podrá acceder a una pensión de montepío por fallecimiento de un afiliado policial. En caso de acceder a más de una pensión de montepío, tendrá derecho, a percibir únicamente la de mayor cuantía”.

En el Registro Oficial No. 164 de 8 de septiembre de 2003, consta publicada la Resolución del Tribunal Constitucional a la que alude el informe jurídico del ISSPOL, que declara la inconstitucionalidad del artículo 42 de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, cuyo texto es similar al antes transcrito artículo 42 de la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional.

De conformidad con el artículo 33 de la Ley en análisis, tienen derecho a la pensión de montepío: “a) El cónyuge sobreviviente... tendrá derecho al doble de la pensión asignada a un hijo; ...y, d) A falta de los derechohabientes mencionados en los literales anteriores, tendrán derecho la madre a falta de ésta, el padre que carezca de medios para subsistir y esté incapacitado para el trabajo. En estos casos, la pensión de montepío será igual al cincuenta por ciento (50%) de la originada por el causante”.

El numeral 1° del artículo 3 de la Constitución de la República incluye como deber primordial del Estado, el de garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes; y, el artículo 427 íbidem, dispone que en caso de duda, las normas se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos.

De conformidad con el numeral 3° del artículo 237 de la Constitución de la República, compete a la Procuraduría General del Estado, “El asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley,

en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos”.

Sobre la base de las disposiciones de los artículos 429 y 436 numeral 1° de la Constitución vigente, que confieren a la Corte Constitucional el carácter de máximo órgano de interpretación constitucional, la Corte Constitucional para el período de transición, ha declarado que: “el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, en lo relacionado a la absolución de consultas jurídicas con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de normas constitucionales, se encuentra en manifiesta contradicción respecto a los preceptos constitucionales citados”, y ha dispuesto a este Organismo se abstenga definitivamente de absolver consultas relacionadas a la aplicación o inteligencia de normas previstas en la Constitución.

El numeral 2 del artículo 436 de la Constitución de la República, confiere a la Corte Constitucional, competencia para conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, de actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado.

Por lo expuesto, la Procuraduría General del Estado se abstiene de emitir pronunciamiento sobre la aplicación del artículo 42 de la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional, toda vez que el análisis de su constitucionalidad, compete a la Corte Constitucional.

2. El informe jurídico del ISSPOL se refiere al caso de Norma del Rocío Conde Gaviláñez, quien en calidad de hija del causante Conde Freire Víctor Heriberto, accedió a pensión de montepío mediante Acuerdo No. 96-020-M de 15 de abril de 1996; pensión que ha perdido posteriormente al haber contraído matrimonio.

Sobre la base del artículo 34 de la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional y 73 del Reglamento del Seguro de Retiro, Invalidez y Muerte, que regulan los casos en que se pierde el derecho a la pensión de montepío, el informe jurídico concluye que a la hija que ha perdido el derecho a montepío por haber contraído matrimonio, “debe reconocérsele por una sola vez dos anualidades de su pensión vigente, con lo cual se extinguen todos sus derechos y su participación no acrecerá al grupo familiar”.

De conformidad con el artículo 33 de la Ley en análisis, tienen derecho a la pensión de montepío:

“a) El cónyuge sobreviviente o la persona que mantuvo unión libre estable y monogámica, y los hijos del asegurado fallecido menores de dieciocho años.

El cónyuge sobreviviente o persona que mantuvo unión libre estable y monogámica, tendrá derecho al doble de la pensión asignada a un hijo;

b) Los hijos mayores de dieciocho años de edad incapacitados en forma total permanente;

c) Los hijos solteros hasta los veinticinco años de edad, siempre que no mantengan relación laboral y prueben, anualmente, que se hallan estudiando en establecimientos educativos legalmente reconocidos; y,

d) A falta de los derechohabientes mencionados en los literales anteriores, tendrán derecho la madre; a falta de ésta, el padre que carezca de medios para subsistir y esté incapacitado para el trabajo. En estos casos, la pensión de montepío será igual al cincuenta por ciento (50%) de la asignada por el causante”.

La letra c) del artículo 34 de la misma Ley prevé que se pierde la pensión de montepío, entre otras causas “c) Cuando los hijos hayan contraído matrimonio...”.

En concordancia, el segundo inciso del artículo 35 de la misma Ley dispone que “la hija que contrae matrimonio recibirá una anualidad de su pensión vigente con la consiguiente extinción de sus derechos y su participación no acrecerá la pensión asignada al grupo familiar.” Idéntica previsión consta en el tercer inciso del artículo 73 del Reglamento del Seguro de Retiro, Invalidez y Muerte, que ha citado el informe jurídico, y cuya copia se ha acompañado a la consulta.

Del análisis jurídico que precede se concluye que el ISSPOL debe reconocer el pago de una anualidad de la pensión de montepío vigente, a la hija del asegurado causante, al contraer matrimonio, por así preverlo en forma expresa el artículo 35 de la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional, que rige desde su promulgación.

La Resolución que adopten los órganos competentes del ISSPOL con relación al caso específico referido en la consulta, son de responsabilidad de las instancias correspondientes del ISSPOL.

3. En el informe jurídico se hace referencia al caso señalado en la segunda consulta, del causante Cabo Primero de Policía Conde Freire Víctor Heriberto, a quien han sucedido inicialmente su viuda señora Luz Angélica Gavilánez Guanoluisa y su hija Norma del Rocío Conde Gavilánez, en el que según se

analizó al atender su segunda consulta, el matrimonio de la hija dio lugar a que ella pierda su derecho a continuar percibiendo la pensión de montepío, de conformidad con la letra c) del artículo 34 de la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional.

Sin embargo, según el segundo inciso del artículo 35 de la misma Ley, que se transcribió al atender su segunda consulta, la extinción del derecho a la pensión de montepío de la hija que contrae matrimonio, trae como consecuencia que “su participación no acrecerá la pensión asignada al grupo familiar”.

Por tanto, de conformidad con el segundo inciso del artículo 35 de la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional, la extinción del derecho a percibir pensión de montepío, que se produce por matrimonio de la hija del causante asegurado, no da lugar al acrecimiento de la participación que correspondía a dicha hija, en beneficio de la viuda del causante, pues por el contrario, la norma expresamente dispone que no habrá tal acrecimiento.

Conforme se concluyó al atender su consulta anterior, la Procuraduría General del Estado no se pronuncia sobre ningún caso específico, cuya resolución compete a los órganos competentes del ISSPOL, bajo su exclusiva responsabilidad.

OF. PGE. N°: 00473, de 14-01-2011

PLURIEMPLEO: VOCAL Y CÓNSUL GENERAL HONORARIO

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO DE LA JUDICATURA

CONSULTA:

“Sobre la procedencia y legalidad del desempeño de los dos cargos por parte del doctor Marco Tulio Cordero Zamora, el de Vocal del Consejo de la Judicatura y el de Cónsul General Honorario de Malasia”.

BASES LEGALES:

Convención de Viena sobre Relaciones Consulares Arts. 1 num. 2, 5, 42, 43, 44, 45, 53, 58 num. 2, 63, 65, 66, 67, 68 y 71 num. 1.

Ley Orgánica del Servicio Exterior Art. 131.

Código Orgánico de la Función Judicial Arts. 16 y 38.

PRONUNCIAMIENTO:

En el memorando No. 0359-2011-DNAJ-CJ-FZG de 22 de febrero de 2011, anexo a su oficio, el Director Nacional de Asesoría Jurídica, encargado del Consejo de la Judicatura manifiesta que con oficio No. 257-DNAJ-CJ-2010-DBY de 2 de diciembre de 2010, consultó al Subsecretario de Asuntos Migratorios, Consulares y Refugio, si “un ciudadano ecuatoriano por nacimiento, que con la respectiva aquiescencia del Gobierno ecuatoriano ha sido designado Cónsul Honorario de otro país, puede ser empleado público en el Ecuador, tomando en consideración lo señalado sobre “Relaciones Consulares” en la Convención de Viena de 1963”; y adicionalmente, se le informe sobre las competencias, prohibiciones, privilegios, inmunidades y demás asuntos relacionados con los Cónsules Honorarios; agrega, que dicho requerimiento se insistió con oficio No. 042-DNAJ-CJ-2001-FZG-DBY de 1 de febrero del 2011, sin haber recibido atención hasta la fecha del referido memorando.

No obstante lo expuesto, el Director Nacional de Asesoría Jurídica emite criterio en el sentido de que “los Cónsules honorarios encontrándose exentos de la prohibición de desempeñar cargo, actividad profesional, industrial o comercial (inciso final del Art. 131 de la Ley Orgánica del Servicio Exterior) y, facultados para realizar actividades profesionales y comerciales (Art. 65 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares), podría señalarse que no tendrían impedimento para ocupar cargo público o privado”; pero que surge la duda razonable por la aparente contradicción con el artículo 16 del Código Orgánico de la Función Judicial, el cual establece que el ejercicio de cualquier servicio permanente o de período en la Función Judicial, remunerado presupuestariamente o por derechos fijados por las leyes, es incompatible con el desempeño libre de la profesión de abogado o de otro cargo público o privado, con excepción de la docencia universitaria, que la podrán ejercer únicamente fuera de horario de trabajo.

De la resolución del Pleno del Consejo de la Judicatura adoptada el 18 de febrero de 2011, anexo a su oficio de consulta, se indica que en la página web del Ministerio de Relaciones Exteriores actualizada el 17 de febrero del 2011, consta que el Dr. Marco Tulio Cordero es Cónsul General Honorario de Malasia en Quito, con estos datos: “Sede en Kuala Lumpur, Embajadora Extraordinaria y Plenipotenciaria Excelentísima Señora Embajador; Datin Rashidan Ramli Cinti, Cartas credenciales: 17 de mayo 06; Consulado Honorario en Quito ... Cónsul General Honorario en Quito, Señor Marco Tulio Cordero Zamora”.

Adjunta a su oficio, las autorizaciones concedidas mediante “Exequátur” por el doctor Alfredo Palacio González y por el economista Rafael Correa Delgado, ex Presidente y Presidente Constitucional de la República, en su orden, a fin de que el doctor Marco Tulio Cordero Zamora ejerza las funciones de Cónsul Honorario de Malasia en el Ecuador.

En la autorización otorgada por el Presidente Constitucional de la República Eco. Rafael Correa Delgado, consta lo siguiente: “Ordena a las autoridades respectivas le reconozcan en su calidad de Cónsul Honorario de Malasia en el Ecuador, a fin de que pueda desempeñar libremente su cargo, con la sola reserva de que, si practicare el comercio o efectuare operaciones mercantiles, será tratado, en cuanto a este punto se refiere, como cualquier otro comerciante, sin que pueda oponer privilegio alguno”.

A su oficio acompaña, los oficios SENRES-SG-2006 027712 y SENRES-SG-2007 0022259 de 6 de octubre de 2006 y 18 de junio de 2007, en su orden, mediante los cuales el Secretario de la ex SENRES certifica que el señor Marco Tulio Cordero Zamora, no consta registrado con impedimento legal para desempeñar o ejercer cargo público.

Mediante oficio No. CAROA-MTC-DG-0051-2011 de 5 de abril de 2011, el doctor Marco Tulio Cordero Zamora, Vocal del Consejo de la Judicatura remite a esta Procuraduría la Nota No. 4495/DCP/2011 de 1 de marzo de 2011, dirigida al Director Nacional de Asesoría Jurídica del Consejo de la Judicatura, suscrita por el Director de Ceremonial y Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores, en el que manifiesta lo siguiente: “...Al respecto, cumplo con informarle que revisada la legislación correspondiente no existe una norma que regula o impida que un ciudadano ecuatoriano que desempeñe las funciones de Cónsul Honorario de otro Estado ejerza simultáneamente funciones remuneradas para el Estado Ecuatoriano”.

La “Convención de Viena sobre Relaciones Consulares” suscrita y ratificada por la República del Ecuador en el artículo 1 numeral 1, prescribe que a los efectos de la presente Convención, se entenderán las siguientes expresiones como se precisa a continuación: “...d) por ‘funcionario consular’, toda persona, incluido el jefe de oficina consular, encargado con este carácter del ejercicio de funciones consulares”.

El numeral 2 del referido artículo 1, establece que los funcionarios consulares son de dos clases: “funcionarios consulares de carrera y funcionarios consulares honorarios”; y, que las disposiciones del capítulo III de esta Convención se aplican a las oficinas consulares dirigidas por funcionarios consulares honorarios.

El artículo 5 la mencionada Convención, determina que las funciones consulares consistirán en: “a) Proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional;...f) Actuar en calidad de notario, en la de funcionario de registro civil, y en funciones similares y ejercitar otras de carácter administrativo, siempre que no se opongan las leyes y reglamento del Estado receptor”.

Respecto a la nacionalidad de los funcionarios consulares, el artículo 22 de la indicada Convención expresa: “1. Los funcionarios consulares habrán de tener en principio, la nacionalidad del Estado que envía. 2. No podrá nombrarse funcionarios consulares a personas que tengan la nacionalidad del Estado receptor, excepto con el consentimiento expreso de ese Estado, que podrá retirarlo en cualquier momento. 3. El Estado receptor podrá reservarse el mismo derecho respecto de los nacionales de un tercer Estado que no sean al mismo tiempo nacionales del Estado que envía”.

El Capítulo III de la indicada Convención, relacionado con el régimen aplicable a los funcionarios consulares honorarios y a las oficinas consulares dirigidas por los mismos, en el artículo 58 numeral 2 expresa: “Los artículos 42 y 43, el párrafo 3 del artículo 44, los artículos 45 y 53 y el párrafo 1 del artículo 55 se aplicarán a los funcionarios consulares honorarios. Además, las facilidades, privilegios e inmunidades de esos funcionarios consulares se regirán por los artículos 63, 64, 65, 66 y 67”.

Entre las disposiciones citadas del mencionado numeral 2, cabe destacar el caso que motiva su consulta, el artículo 43 el cual en el numeral 1, prescribe que los funcionarios consulares y los empleados consulares “no estarán sometidos a la jurisdicción de las autoridades judiciales y administrativas del Estado receptor por los actos ejecutados en el ejercicio de las funciones consulares”; el artículo 53 numeral 1, el cual establece que los miembros de la oficina consular “gozarán de los privilegios e inmunidades regulados por la presente Convención, desde el

momento en que entren en el territorio del Estado receptor para tomar posesión de su cargo o, si se encuentran ya en ese territorio, desde el momento en que asuma sus funciones en la oficina consular”; el artículo 55 numeral 1, establece que sin perjuicio de sus privilegios e inmunidades, “todas las personas que gocen de esos privilegios e inmunidades deberán respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor.

También estarán obligados a no inmiscuirse en los asuntos internos de dicho Estado”; el artículo 64 el cual determina que el Estado receptor “tendrá la obligación de conceder al funcionario consular honorario la protección que queda (sea) necesario por razones de su carácter oficial”; y, el artículo 67 relativo a la exención de prestaciones personales, que dispone: “El Estado receptor eximirá a los funcionarios consulares honorarios de toda prestación personal y de todo servicio público, cualquiera que sea su naturaleza, y de las obligaciones de carácter militar, especialmente de las relativas a requisas, contribuciones y alojamientos militares”.

Cabe tener presente, que los artículos 43 numeral 1 y 53 numeral 1 de la Convención de Viena antes citados, disponen que los funcionarios consulares no están sometidos a la jurisdicción de las autoridades judiciales y administrativas del Estado receptor “por los actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones consulares”; y, que gozan de los privilegios e inmunidades regulados por la indicada Convención “desde el momento que asuma sus funciones en la oficina consular”, se entiende que están referidos a aquellas “funciones consulares” previstas en el artículo 5 de la Convención de Viena antes citado.

Téngase en cuenta que conforme al artículo 68 de la mencionada Convención la institución de los funcionarios consulares honorarios tiene el carácter facultativo; y, en este sentido expresa lo siguiente: “Todo Estado podrá decidir libremente si ha de nombrar o recibir funcionarios consulares honorarios”.

Finalmente, el artículo 71 numeral 1, expresa que excepto en el caso de que el Estado receptor conceda otras facilidades, privilegios e inmunidades, “los funcionarios consulares que sean nacionales o residentes permanentes del Estado receptor solo gozarán de inmunidad de jurisdicción y de inviolabilidad personal por los actos oficiales realizados en el ejercicio de sus funciones”.

La Ley Orgánica del Servicio Exterior, en el artículo 131 invocado por usted en su consulta, prescribe:

“Los funcionarios en el exterior no podrán ejercer cargos, profesión, industria o comercio, en el país en que estuvieren acreditados, ni dedicar su tiempo a negocios propios o extraños o actividades ajenas al servicio.

Idéntica prohibición se extenderá a los familiares que dependan directamente del funcionario, excepto en los casos en que obtuvieren autorización del Ministerio de Relaciones Exteriores para ejercer cargos, profesión, industria o comercio.

Exceptúanse de esta disposición a los funcionarios honorarios”.

Del contexto del citado artículo 131, se desprende que se halla referido a los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores, que cumplen servicios en el país en que estuvieren acreditados, así como a los funcionarios honorarios que ejerzan la representación oficial del Estado ecuatoriano en el exterior. En consecuencia, dicha disposición no es aplicable a funcionarios honorarios que ejerzan la representación oficial de otros países, como es el caso que motiva su consulta.

Respecto a la clasificación de los cónsules, el Diccionario Jurídico ESPASA, Edición 1995 (Pág. 234) expresa: “La distinción fundamental han de hacerse entre el cónsul de carrera, que desempeña en su plenitud las funciones consulares y en España pertenece a la Carrera Diplomática, y el cónsul honorario, al que sólo corresponden un limitado número de competencias y que, con frecuencia, no tiene la nacionalidad del país que representa y puede ser cónsul honorario de varios países diferentes. Depende este cónsul de los cónsules de carrera y, en España, recibe el nombre de vicescónsul honorario o agente consular honorario”.

El artículo 16 del Código Orgánico de la Función Judicial, invocado en su oficio y en el memorando No. 0359-2011-DNAJ-CJ-FZG antes referido, suscrito por el Director Nacional de Asesoría Jurídica del Consejo de la Judicatura, dispone lo siguiente:

“Art. 16.- PRINCIPIO DE DEDICACION EXCLUSIVA.- El ejercicio de cualquier servicio permanente o de período en la Función Judicial, remunerado presupuestariamente o por derechos fijados por las leyes, es incompatible con el desempeño libre de la profesión de abogado o de otro cargo público o privado, con excepción de la docencia universitaria, que la podrán ejercer únicamente fuera de horario de trabajo. Las labores de dirección o administración en las universidades y otros centros de docencia superior está prohibida por no constituir ejercicio de

la docencia universitaria. Tampoco se podrá desempeñar varios cargos titulares en la Función Judicial. Todo encargo será temporal, salvo los casos determinados por la Constitución y la ley.

Las juezas y jueces no podrán ejercer funciones de dirección en los partidos y movimientos políticos, ni participar como candidatos en procesos de elección popular, salvo que hayan renunciado a sus funciones seis meses antes de la fecha señalada para la elección; ni realizar actividades de proselitismo político o religioso”.

Por su parte, el artículo 38 del mismo Código Orgánico prevé lo siguiente:

“Art. 38.- CONFORMACION DE LA FUNCION JUDICIAL.- Integran la Función Judicial y se denominan, en general, servidores de la Función Judicial:

1. Las juezas y jueces; las conjuetas y los conjuetes, y demás servidoras y servidores de la Función Judicial que prestan sus servicios en la Corte Nacional de Justicia, cortes provinciales, tribunales y juzgados de primer nivel;

2. Las juezas y jueces temporales, mientras estén encargados de la unidad;

3. Las vocales y los vocales, y los demás servidoras y servidores de la Función Judicial que prestan sus servicios en el Consejo de la Judicatura;

4. La Fiscal o el Fiscal General del Estado, la Defensora o Defensor Público General, y los demás servidoras y servidores de la Función Judicial que prestan sus servicios en la Fiscalía General del Estado y en la Defensoría Pública;

5. Las notarias y los notarios y los demás servidoras y servidores de la Función Judicial que prestan sus servicios en los órganos auxiliares de la Función Judicial; y,
6. Quienes sean designados servidoras y servidores judiciales provisionales para prestar servicios en los órganos de la Función Judicial”.

De lo expuesto, se colige que los Vocales del Consejo de la Judicatura forman parte de la Función Judicial y por lo tanto les son aplicables las incompatibilidades previstas en el artículo 16 del Código Orgánico de la Función Judicial, anteriormente citado.

En virtud del análisis jurídico contenido en este pronunciamiento, teniendo en cuenta la incompatibilidad prevista en el artículo 16 del Código Orgánico de la

Función Judicial, se refiere específicamente a la incompatibilidad existente entre el servicio permanente o el ejercicio de una función a período fijo en la Función Judicial, con respecto al desempeño libre de la profesión de abogado o de otro cargo público o privado, se concluye que no es procedente que el doctor Marco Tulio Cordero Zamora pueda desempeñar simultáneamente las funciones de Vocal del Consejo de la Judicatura y de Cónsul General Honorario de Malasia en el país.

OF. PGE. N°: 01851, de 18-05-2011

**PRESUPUESTO: COMPETENCIA PARA APROBAR PROFORMAS
PRESUPUESTARIAS DEL SECTOR PÚBLICO -CFN-**

ENTIDAD CONSULTANTE: BANCO CENTRAL DEL ECUADOR

CONSULTA:

Solicita la reconsideración del pronunciamiento contenido en oficio No. 00758 de 4 de marzo de 2011; sobre la aplicación de las normas que regulan la aprobación del presupuesto de esa Corporación, y que tuvo por finalidad determinar si existe pugna entre lo previsto en la letra h), del artículo 60 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado que confiere al Banco Central competencia para aprobar el presupuesto de las instituciones financieras del sector público; y, la letra t), del artículo 15 y en el artículo 60 de la Ley Orgánica de la Corporación Financiera Nacional, que asignan al Directorio de la CFN atribución para aprobar el presupuesto de esa Corporación, y a su Gerente competencia para ejecutar el presupuesto aprobado por el Directorio de la CFN, sin ningún otro requisito.

BASES LEGALES:

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

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 77, 100 y 112.

Ley Orgánica de la CFN Arts. 15 lit. t) y 60.

Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado Art. 60 lit. n).

D. E. N° 1358 de 29- 09-2008 Art. 1.

PRONUNCIAMIENTO:

El pronunciamiento de la referencia, concluyó lo siguiente:

“...tomando en consideración que el Art. 292 de la Constitución de la República, excluye del presupuesto general del Estado al presupuesto de la banca pública, debe entenderse que el presupuesto general de la Corporación Financiera Nacional, dentro de cual se encuentra un presupuesto administrativo u operativo, deberá ser aprobado por el Directorio de dicha Corporación, y una vez aprobados el Gerente General los ejecutará sin más trámite.

En aplicación del principio de jerarquía de las leyes, establecido en el Art. 425 de la Constitución de la República, en cuanto a la aprobación del presupuesto general de la Corporación Financiera Nacional, dentro del cual está incluido su presupuesto administrativo, prevalece la Ley Rectora de dicha institución por tener el carácter de Orgánica, sobre la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, que como ha sido analizado, ostenta la categoría de ley ordinaria, de conformidad con el último inciso de la Disposición General Primera de la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 498 de 31 de diciembre de 2008”.

Mediante oficio No. MCPE-DM-2011-0282-O de 26 de marzo de 2011, que se ha remitido a este Despacho, la Ministra de Coordinación de la Política Económica se ha dirigido al Gerente General de la CFN, recordándole que de conformidad con el Decreto Ejecutivo No. 1358 de 29 de septiembre de 2008, ese Ministerio está en la obligación de conocer y emitir informe sobre la proforma presupuestaria de la Corporación Financiera Nacional, que en su elaboración debe considerar los lineamientos generales aprobados por el Consejo Sectorial de Política Económica del que forma parte la CFN.

En el mismo oficio, la Ministra Coordinadora de la Política Económica refiere que, mediante oficio No. GG-09444, de 10 de marzo de 2011, remitido al Secretario del Directorio del Banco Central del Ecuador, la CFN habría indicado “que la Resolución DBCE-0023-PIFP, expedida por el Directorio del Banco Central del Ecuador, con fecha 31 de enero de 2011, no obliga a la Corporación Financiera Nacional en razón del pronunciamiento emitido por el Procurador General del Estado, constante en oficio No. 00758 de 04 de marzo de 2011”.

Al respecto, cúmpleme manifestar que conforme se desprende del texto del pronunciamiento contenido en oficio No. 00758 de 4 de marzo de 2011, la Procuraduría General del Estado atendió la consulta formulada por la Corporación Financiera Nacional, en el sentido de que por su rango, determinado en la forma

prescrita por el artículo 425 de la Constitución de la República, prevalece la letra t), del artículo 15 de la Ley Orgánica de la CFN, respecto de la letra n) del artículo 60 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, y que por tanto, la competencia para aprobar el presupuesto de la CFN corresponde al Directorio de esa Corporación. El pronunciamiento de la referencia, limitado al tema específico materia de la consulta formulada por la CFN, no se puede extender para efectos de determinar por parte de esa Corporación, la inaplicabilidad del Decreto Ejecutivo No. 1358 de 29 de septiembre de 2008, ni de la Resolución DBCE-0023-PIFP de 31 de enero de 2011 del Directorio del Banco Central, que deben ser observados por la Corporación Financiera Nacional, pues su competencia para aprobar la pro forma presupuestaria de esa institución, no le excluye de la obligación de observar las directrices determinadas por el Directorio del Banco Central y el Ministerio Coordinador de la Política Económica.

A lo dicho es pertinente agregar que el pronunciamiento de la referencia, consideró en el análisis jurídico efectuado, tanto el criterio del Banco Central del Ecuador contenido en oficio No. SE-350-2011 de 9 de febrero de 2011, como el del Ministerio de Finanzas expuesto en oficio No. MF-CGJ-2011-283 de 16 de febrero de 2011, que fueron requeridos a fin de contar con mayores elementos de análisis.

Según consta en el texto del pronunciamiento, el Coordinador General Jurídico del Ministerio de Finanzas, en oficio No. MF-CGJ-2011-283 de 16 de febrero de 2011, expuso que "...si la atribución del Directorio de la CFN constante en el Art. 15, letra t) de su Ley Orgánica es extensiva en cuanto a que debe aprobar el presupuesto en general de la entidad –al tomar en cuenta el contexto determinado por los Arts. 19, letra c) y 60 citados-, de manera definitiva, sí habría pugna con la disposición citada de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado – Art. 60, letra h)-, en cuyo caso debe puntualizarse que dicha ley tiene el carácter de ordinaria y que las disposiciones legales que prevalecerían son las de la Ley Orgánica de la Corporación Financiera Nacional".

Por su parte, el criterio del Banco Central del Ecuador contenido en oficio No. SE-350-2011 de 9 de febrero de 2011, citó entre otras normas los artículos 303 y 425 de la Constitución de la República, que disponen el primero que la formulación de las políticas monetaria, crediticia, cambiaria y financiera es facultad exclusiva de la Función Ejecutiva, que se instrumentará a través del Banco Central; y, el segundo, que establece el orden jerárquico de aplicación de las normas. Así

como el artículo 60 letra h) de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, que confiere al Directorio del Banco Central atribución para aprobar anualmente el presupuesto de las instituciones financieras del sector público; el artículo 112 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que para efectos de la aprobación de las pro formas presupuestarias de la banca pública se remite a la “legislación aplicable”; y, los artículos 15 letra t), y 60 de la Ley Orgánica de la Corporación Financiera Nacional, que le confieren al Directorio de la CFN competencia para aprobar el presupuesto administrativo de esa Corporación y al Gerente competencia para ejecutar el presupuesto aprobado.

Sobre dicha base normativa, el Banco Central del Ecuador concluyó que: “corresponde al Directorio del Banco Central del Ecuador aprobar anualmente el presupuesto del Banco Central y de las Instituciones Financieras del Sector Público controladas por la Superintendencia de Bancos y Seguros, dentro de las cuales se encuentra la Corporación Financiera Nacional”.

Al pedido de reconsideración que atiendo, se ha acompañado el criterio del Asesor Legal del Banco Central del Ecuador contenido en oficio AL-DEB-191-I de 22 de marzo de 2011, que en lo principal, reproduce idéntica fundamentación legal y reitera los argumentos ya expuestos por esa institución financiera pública en el oficio SE-350-2011 de 9 de febrero de 2011, al que antes se hizo referencia, remitido en aquella ocasión, en atención al requerimiento formulado por este Organismo en oficio No. 00260 de 2 de febrero de 2011, en forma previa a la emisión del pronunciamiento con el que se absolvió la consulta de la Corporación Financiera Nacional.

El criterio del Asesor Legal del Banco Central del Ecuador, que se ha acompañado al pedido de reconsideración, agrega que: “El tema materia de análisis, no puede ser zanjado, exclusivamente desde la óptica de la jerarquía normativa, como manifestó el Banco Central en su oficio No. SE-350-2011 de 9 de febrero de 2011, es preciso recordar que el ordenamiento jurídico vigente en nuestro país, se compone de normas de distinta jerarquía, las cuales deben conciliarse para asegurar el funcionamiento del mismo; por tanto no puede ni debe analizarse una norma aisladamente, ya que incluso las normas de menor jerarquía complementan a las otras que aparentemente sería de mayor graduación”.

Concluye el criterio jurídico que se ha acompañado al pedido de reconsideración, que los presupuestos de la banca pública, dentro de la cual se encuentra la Corporación Financiera Nacional, no forman parte del Presupuesto General del Estado “y es por esto que la Legislación ha previsto que dicho presupuesto (de la Banca Pública) sea aprobado por el Directorio del Banco Central del Ecuador, sin excepción de ninguna entidad debiendo precisar que la Ley Reformatoria a la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, publicada en el Registro Oficial de 5 de octubre de 2009, fecha posterior a la expedición de la Ley Orgánica de la Corporación Financiera Nacional, el Legislador contempló expresamente aquello, es decir que los presupuestos de toda la Banca Pública, sean aprobados por el Directorio del Banco Central del Ecuador, precisamente porque de no ser así, ocurriría que estas entidades podría aprobar los presupuestos sin ninguna directriz, dirección y control, lo cual indudablemente afectaría a las políticas crediticias, monetaria y financiera que la Carta Magna asigna instrumentar al Banco Central del Ecuador”.

El pronunciamiento contenido en oficio No. 00758 de 4 de marzo de 2011, consideró en su análisis que el artículo 292 de la Constitución de la República y el artículo 77 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, excluyen del Presupuesto General del Estado, al presupuesto de la banca pública y los artículos 100 y 112 del citado Código que prevén que las proformas presupuestarias de la banca pública incorporarán los programas, proyectos y actividades que hayan sido calificados y definidos de conformidad con los procedimientos y disposiciones previstas en este código y demás leyes, y serán aprobadas conforme a la legislación aplicable y a ese código, y una vez aprobados los presupuestos, serán enviados con fines informativos al ente rector de las finanzas públicas en el plazo de 30 días posteriores a su aprobación.

El análisis examinó que la letra t), del artículo 15 de la Ley Orgánica de la Corporación Financiera Nacional, confiere al Directorio de la CFN competencia para aprobar cada año el presupuesto administrativo de dicha Corporación; y, los artículos 19 y 60 *ibídem*, asignan al Gerente General de la CFN, atribución para preparar el presupuesto general de la Corporación y someterlo “a conocimiento y aprobación del Directorio” y ejecutarlo una vez aprobado por su Directorio “sin ningún otro requisito”.

Se consideró además que si bien la letra h) del artículo 60 de Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, confiere al Directorio del Banco Central del

Ecuador, atribución para aprobar el presupuesto de las instituciones financieras del sector público, el último inciso de la Disposición General Primera de la Ley de Creación de la Red de Seguridad Financiera, determinó “con la calidad y jerarquía de ordinaria a la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado”.

Sobre dicha base, en aplicación del principio de jerarquía de las leyes, establecido en el artículo. 425 de la Constitución de la República, se concluyó que para la aprobación del presupuesto general de la Corporación Financiera Nacional, prevalece la Ley Rectora de dicha institución por tener el carácter de Orgánica, respecto de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, que como ha sido analizado, tiene el carácter de ley ordinaria.

Como antes se dijo, la fundamentación del pedido de reconsideración ratifica lo expresado en el informe No. SE-350-2011 de 9 de febrero de 2011, suscrito por usted, que contiene el criterio institucional, cuyo análisis ya fue considerado e incluido en el pronunciamiento emitido por este Organismo, y no agrega nuevos elementos de juicio, como afirma el Asesor Jurídico del Banco Central del Ecuador en la conclusión de su oficio AL-DEB-191-I de 22 de marzo de 2011.

En consecuencia, al no haber variado los fundamentos de derecho en que se motivó mi pronunciamiento, su reconsideración es improcedente.

Con relación al oficio No. MCPE-DM-2011-0282-O de 26 de marzo de 2011, suscrito por la Ministra de Coordinación de la Política Económica, al que antes se ha hecho referencia, conforme ha concluido este Organismo, en el pronunciamiento cuya reconsideración ha solicitado el Banco Central del Ecuador, es competencia del Directorio de la Corporación Financiera Nacional aprobar el presupuesto de esa Corporación, al tenor de los artículos 15 letra t) y 60 de la Ley Orgánica de la Corporación Financiera Nacional, pero en el citado pronunciamiento no se le excluye a esa entidad de la obligación de observar las directrices que para la aprobación de las proformas presupuestarias de la banca pública hubiere determinado el Directorio del Banco Central del Ecuador, así como de requerir el informe del Ministerio Coordinador de la Política Económica, de conformidad con el Decreto Ejecutivo No. 1358 publicado en el Registro Oficial No. 444 de 13 de octubre de 2008.

Se les recuerda a las instituciones relacionadas con el asunto materia de la consulta, la obligación que tienen de coordinar entre ellas las acciones que

correspondan al cumplimiento de sus competencias, de conformidad con lo previsto en el Art. 226 de la Constitución de la República.

OF. PGE. N°: 01347. de 12-04-2011

PROCESOS PRECONTRACTUALES: CONVALIDACIÓN DE ERRORES ALCANCE DE LA FRASE “ERROR SUSTANCIAL”

ENTIDAD CONSULTANTE: ESCUELA SUPERIOR POLITECNICA DEL LITORAL, ESPOL

CONSULTAS:

1. “¿Corresponde a las entidades contratantes, entre ellas las empresas públicas, verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 17 y 18 de la Resolución INCOP-046-2010 de 17 de agosto del 2010, que establecen las solemnidades que deben cumplir los compromisos de asociación y los consorcios o asociaciones ya constituidos, en los procesos precontractuales y contractuales que lleven adelante?”.

2. y 3. “¿La omisión de las formalidades previstas en el artículo 17 de la Resolución INCOP-046-2010 dentro de un proceso precontractual en trámite constituye un error sustancial que ocasionaría el rechazo de una oferta, en conformidad con la Sección III.- CONDICIONES GENERALES, de los pliegos aprobados por el INCOP, que en su numeral 3.9.- Rechazo de Ofertas, dispone que “la Comisión Técnica rechazará una oferta, entre otras causas: a) Si no cumpliere los requisitos exigidos en las Condiciones Generales y Específicas de estos pliegos; ...; y, c) Cuando las ofertas contengan errores sustanciales o evidentes, que no puedan ser convalidados por no ser considerados errores de forma o mediante corrección aritmética y que afecten notoriamente el monto total de la oferta?”.

En concordancia con la consulta anterior ¿La Comisión Técnica tiene facultad legal y reglamentaria para considerar que el incumplimiento del artículo 17 de la Resolución INCOP-046-2010 constituye un error de forma factible de convalidar, y por tanto permitir al oferente incurso en dicha omisión que dentro de la etapa de convalidación de errores prevista en los pliegos aprobados por el INCOP subsane dicho incumplimiento?”.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Arts. 6 num. 6, 7 num. 4, 10 num. 9, 26, 67 y 99; y, Disp. Gen. Cuarta de su Reglamento.

Ley Orgánica de Empresas Públicas Art. 34.

Res. N° INCOP-046-2010, 1708-2010 Arts. 17 y 18.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. El numeral 6 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNC), define al Contratista de la siguiente forma:

“6. Contratista: Es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, o asociaciones de éstas, contratada por las Entidades Contratantes para proveer bienes, ejecutar obras y prestar servicios, incluidos los de consultoría.”; y, el primer inciso del artículo 26 de la misma Ley reitera la posibilidad de que existan asociaciones para ofertar, cuando dispone: “Art. 26.- Asociación para ofertar.- En los procedimientos a los que se refiere esta Ley los oferentes inscritos en el RUP, sean personas naturales o jurídicas, podrán presentar sus ofertas individualmente, asociadas, o con compromiso de asociación o consorcio...”, disposición que guarda concordancia con el primer inciso del artículo 67 de la LOSNC que, al referirse a la participación de consorcios o asociaciones como oferentes, prevé: “Artículo 67.- Consorcios o Asociaciones.- En cualquier proceso precontractual previsto en esta Ley, pueden participar consorcios o asociaciones de personas naturales y/o jurídicas, constituidos o por constituirse, en este último caso presentando el compromiso de asociación o consorcio correspondiente. Sin embargo, para la celebración de los contratos con una asociación o consorcio será requisito previo la presentación de la escritura pública mediante la cual se haya celebrado el contrato de asociación o consorcio, escritura en la que debe constar la designación de un apoderado”.

En aplicación de lo dispuesto por el artículo 10, numeral 9, de la LOSNC, en concordancia con el numeral 4 del artículo 7 del Reglamento General a la Ley *ibídem*, que facultan al Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública para expedir la normativa administrativa, manuales e instructivos relacionados con la aplicación de la LOSNC y su Reglamento, que se requieran para el funcionamiento del Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP), mediante Resolución No. INCOP-046-2010 de 17 de agosto del 2010, publicada en el Registro Oficial No. 322 de 17 de noviembre del mismo año, el Director Ejecutivo del INCOP expidió el denominado “Procedimiento Administrativo del Registro Único de Proveedores -RUP-, Registro de Contratistas Incumplidos y

Adjudicatarios Fallidos, y Registro de Entidades Contratantes” que, conforme lo señala el INCOP en el oficio de respuesta enviado frente al requerimiento de esta Procuraduría, es de “...obligatorio y no facultativo cumplimiento para la entidades sujetas a la LOSNCP y por lo tanto los requisitos de los compromisos y contratos de consorcio o asociación son mandatorios para los oferentes y el cumplimiento de dichos requisitos es imperativo para las entidades contratantes”.

Entre las disposiciones contenidas en la Resolución No. INCOP-046-2010, se encuentra el artículo 17, que determina los requisitos que debe reunir el compromiso de asociación o consorcio, para poder participar como oferente en los procesos precontractuales de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, y el artículo 18, que establece los requisitos que debe contener el contrato de asociación o consorcio, una vez adjudicado, para la firma del respectivo contrato.

De manera específica, el primer inciso del artículo 17 de la Resolución citada dispone que “El compromiso de asociación o consorcio deberá suscribirse en instrumento público, siempre que el presupuesto referencial del procedimiento supere el monto resultante de multiplicar el coeficiente 0.000015 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado; en los demás casos, bastará con que el compromiso se lo presente en documento privado debidamente suscrito por sus partícipes...”; y, en los literales siguientes establece los requisitos mínimos que debe reunir el compromiso de asociación o consorcio. El segundo inciso de la misma disposición prevé que “El compromiso de asociación o consorcio no requerirá habilitación en el RUP. La participación en el procedimiento de contratación se realizará con las habilitaciones correspondientes de sus integrantes o partícipes en el RUP, y la presentación del documento en que conste el compromiso de asociación, con la indicación de su representación, en los términos del literal b) que antecede”.

Por su parte, el inciso primero del artículo 18 de la Resolución en análisis dispone que “El contrato de asociación o consorcio deberá suscribirse en instrumento público, en todos los casos...”, e igualmente en los literales constantes a continuación precisa los requisitos que contendrá el respectivo contrato de asociación o consorcio. El segundo inciso de esta misma previsión señala lo siguiente: “Se deberá suscribir un compromiso de asociación para cada proceso precontractual en el cual se requiera participar. El contrato de asociación o consorcio se habilitará en el RUP solo de ser adjudicado el proceso en el que se participó, por el plazo total estrictamente necesario para el cumplimiento de las obligaciones contractuales de acuerdo a sus estipulaciones o las disposiciones

de las entidades contratantes como lo expresa el literal j)”; y, el inciso final señala que corresponde a las entidades contratantes verificar el cumplimiento de estos requisitos.

De lo expuesto, se desprende que es obligación de las entidades contratantes observar las disposiciones contenidas en los artículos 17 y 18 de la Resolución No. INCOP-046-2010, en los procesos precontractuales y de contratación que participen consorcios o asociaciones, de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, para contratar obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, ya sea que se presenten con compromiso de asociación o consorcio o éste se encuentre ya constituido.

En lo referente a las empresas públicas, el artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, al referirse a los procesos de contratación que corresponde llevar adelante a estas empresas, en el numeral 2 REGIMEN COMUN, prevé lo siguiente: “2. RÉGIMEN COMÚN.- Las contrataciones de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, que realicen las empresas públicas, se sujetarán a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y demás disposiciones administrativas aplicables”. Por tanto, es también obligación de las empresas públicas sujetarse estrictamente a las disposiciones legales, reglamentarias y normativas que rigen la contratación pública, entre ellas, los artículos 17 y 18 de la Resolución No. INCOP-046-2010, cuando se trate de participación de asociaciones o consorcios en las contrataciones de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, que lleven adelante como parte del giro de sus actividades empresariales, conforme lo manifiesta el INCOP en el oficio No. DAJ-3353-2011 de 25 de marzo del 2011, antes citado.

2. y 3. El artículo 23 del Reglamento General de la LOSNCP determina cuáles son los errores de forma en una oferta que pueden ser convalidados, cuando dispone lo siguiente:

“Artículo 23.- Convalidación de errores de forma.- Las ofertas, una vez presentadas no podrán modificarse. No obstante, si se presentaren errores de forma, podrán ser convalidados por el oferente a pedido de la entidad contratante, dentro del término mínimo de 2 días o máximo de 5 días, contado a partir de la fecha de notificación. Dicho término se fijará a criterio de la Entidad Contratante, en relación al procedimiento de contratación y al nivel de complejidad y magnitud

de la información requerida. El pedido de convalidación será notificado a todos los oferentes, a través del Portal www.compraspublicas.gov.ec.

Se entenderán por errores de forma aquellos que no implican modificación alguna al contenido sustancial de la oferta, tales como errores tipográficos, de foliado, sumilla o certificación de documentos.

Así mismo, dentro del período de convalidación los oferentes podrán integrar a su oferta documentos adicionales que no impliquen modificación del objeto de la oferta, por lo tanto podrán subsanar las omisiones sobre su capacidad legal, técnica o económica”.

En la comunicación remitida por el INCOP, luego de citar textualmente el contenido de los incisos segundo y tercero del artículo 23 del Reglamento General de la LOSNCP (antes transcritos), al referirse a la omisión del oferente en cumplir los requisitos contenidos en el artículo 17 de la Resolución No. INCOP-046-2010, señala lo siguiente: “...dado la amplitud de la norma, no es posible definir a priori si los requisitos del artículo 17 de la Resolución INCOP No. 046-2010 son o no subsanables, puesto que bien la petición de convalidación de la entidad podría implicar una modificación de la oferta, caso en el cual sería improcedente e ilegal, como también podría tratarse de una aclaración sobre un error u omisión, caso en el cual sería un aspecto formal admitido por la norma. Por lo tanto, es necesario atender a la casuística de hecho para atender este tema”.

En relación a este asunto, conviene tener presente que, tanto la LOSNCP como su Reglamento General de aplicación, facultan al oferente inscrito en el Registro Único de Proveedores (RUP), ya sea persona natural o jurídica, para presentar su oferta individualmente, como asociación constituida, o con compromiso de asociación o consorcio.

Cuando, a decisión del oferente, éste se presentare con compromiso de asociación o consorcio, la reglamentación expedida por el INCOP es de obligatorio cumplimiento por parte de las entidades contratantes, y mandatorio para los oferentes, y debe ser cumplida estrictamente para que pueda ser considerada una oferta como habilitada dentro del respectivo proceso precontractual.

De forma específica, los requisitos señalados en el artículo 17 de la Resolución No. INCOP-046-2010 deben ser cumplidos obligatoriamente por los oferentes que

se presenten con compromiso de asociación o consorcio, y su incumplimiento no puede ser subsanado o convalidado mediante una eventual corrección de errores de forma. El incumplimiento de los requisitos determinados en la disposición normativa mencionada, constituye un incumplimiento de requisitos exigidos en una disposición normativa obligatoria del INCOP, expedida al amparo de las facultades que le confieren los artículos 10, numeral 9 y 21 de la LOSNCP y el Art. 7, numeral 4 de su Reglamento General.

Cuando el inciso final del artículo 23 del Reglamento a la LOSNCP prevé que, dentro del período de convalidación de errores, se podrán subsanar las omisiones sobre la capacidad legal, técnica o económica del oferente, se refiere a que en el cumplimiento de los requisitos formales de participación de los oferentes pueden haber errores de forma, pero no puede entenderse que la omisión de los requisitos para presentarse como oferente, como sería la de aquellos que le habilitan para intervenir con compromiso de asociación o consorcio, puede convalidarse como error de forma, pues de permitirlo se estaría modificando el contenido sustancial de la oferta.

Sobre los errores de forma, el tratadista argentino Roberto Dromi señala que: “Los meros defectos de forma que no afecten sustancialmente la validez de la oferta no provocan su inadmisibilidad” y con respecto a la posibilidad de convalidar aquéllos, expresa lo siguiente: “A fin de no restringir el principio de concurrencia de ofertas a través de recaudos excesivos, severidad en la admisión de ofertas o exclusión por omisiones intrascendentes, el RCAN (Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional) posibilita requerir a los oferentes incursos en falta las aclaraciones que sean necesarias, posibilitándoles subsanar las deficiencias sustanciales, sin alterar los principios de igualdad y transparencia”.

Esta última cita doctrinaria sirve para aclarar que los errores subsanables o sujetos a convalidación son solamente aquellos que constituyen meros defectos de forma en la oferta, que no afectan su validez, y que pueden ser corregidos por los oferentes, con el fin de no restringir el principio de participación del mayor número de oferentes en un proceso de selección, por omisiones intrascendentes. La omisión de los requisitos determinados en el Art. 17 de la Resolución No. INCOP-046-2010 no constituye un simple error de forma, no es intrascendente, sino que afecta a la comparecencia o presentación de la propuesta, desde su inicio, por lo que dicha omisión no puede ser subsanada.

De lo expuesto, se desprende que la omisión o incumplimiento de cualquiera de los requisitos para presentarse como compromiso de asociación o consorcio, previstos en la Resolución del INCOP ya señalada, no puede ser subsanada o convalidada como errores de forma.

Por tanto, daría lugar a la descalificación del respectivo oferente y al rechazo de la oferta que se haya presentado con compromiso de asociación o consorcio, por incumplimiento de las condiciones generales y específicas determinadas en el Art. 17 de la Resolución No. INCOP-046-2010.

Bajo dicha premisa fundamental, la Comisión Técnica no tiene facultad legal, reglamentaria o previsión de los pliegos obligatorios elaborados por el INCOP, que le permita convalidar tal omisión o incumplimiento en la presentación de la oferta, como un error de forma.

Se aclara que, conforme lo establece el inciso tercero del artículo 99 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la responsabilidad sobre el proceso de calificación o descalificación de una oferta y la convalidación de errores de forma, es de la máxima autoridad de la entidad contratante, así como de los funcionarios o servidores que integran la Comisión Técnica encargada del proceso de selección correspondiente.

Este pronunciamiento se limita a la inteligencia en la aplicación de la norma y no constituye análisis de ningún proceso contractual en particular.

OF. PGE. N°: 01377, de 14-04-2011

RECURSOS FINANCIEROS PÚBLICOS: INVERSIONES EN EL EXTRANJERO POR PARTE DEL BANCO CENTRAL DEL ECUADOR

ENTIDAD CONSULTANTE: BANCO CENTRAL DEL ECUADOR

CONSULTA:

“¿Es procedente que el Banco Central del Ecuador requiera la autorización previa del Ministerio de Finanzas para realizar cualquier inversión de recursos financieros públicos en el extranjero conforme lo dispone el artículo 168 del Código Orgánico de las Finanzas Públicas?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 226 y 299.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Arts. 71 y 168.

Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado Arts. 32, 34, 36, 37, 39, 41 y 57 lit. f).

PRONUNCIAMIENTO:

Atenta la materia de su consulta, en forma previa se requirió el criterio jurídico institucional del Ministerio de Finanzas, mediante oficio No. 00103 de 17 de diciembre de 2010, habiéndose recibido la respuesta contenida en el oficio No. MF-CGJ-2010-1889 de 29 de diciembre de 2010, en el que el Coordinador General Jurídico de esa Secretaría de Estado concluye sobre la base del artículo 168 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que el Ministerio de Finanzas ejerce la rectoría del Sistema Nacional de Finanzas Públicas y que por tanto, “le corresponde al Banco Central del Ecuador en forma previa a efectuar inversiones en el exterior, solicitar a esta Cartera de Estado la autorización prevista en la norma señalada”.

Por su parte, el informe jurídico del Asesor Legal (E) del Banco Central del Ecuador, contenido en oficio No. AL-DEB-985-I, de 1 de diciembre de 2010, enviado a pedido nuestro, invoca el artículo 299 de la Constitución de la República que prohíbe a las entidades del sector público invertir sus recursos en el exterior sin autorización legal, y agrega que: “En el caso concreto del Banco Central del Ecuador, esta autorización está dada en virtud de los artículos 34, 36, 37, 39 y 41 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado y de las Resoluciones que para el efecto ha expedido el Directorio de la Institución, al amparo de la propia ley monetaria”.

Añade el informe jurídico que el Banco Central del Ecuador mediante la gestión de las reservas en el exterior realiza operaciones diarias, “siguiendo los lineamientos de una estrategia de inversión debidamente aprobada, por lo que, solicitar la aprobación, al Ministerio de Finanzas, complicaría seriamente la gestión de inversión en el exterior, lo que implicaría un costo de oportunidad, que podría generar pérdidas en las inversiones”.

En el numeral 2.4 del mismo informe se expone que existen ocasiones en las que el Banco Central del Ecuador “debe hacer operaciones por hechos subsecuentes (imprevistos), que obligan a realizar precancelaciones anticipadas de los

instrumentos que conforman los portafolios de inversión con fecha valor mismo día, en estas circunstancias, pedir una autorización para este tipo de operaciones al Ministerio de Finanzas, causaría un retraso en la toma de decisiones, tanto en el tiempo, como en la oportunidad, éstas deben ser inmediatas, caso contrario, se ocasionaría el incumplimiento de dichos pagos, cuyos costos podrían ser significativamente altos, y se generaría una pérdida de prestigio y seriedad para el Estado y por ende para el Banco Central del Ecuador, en el exterior”.

En base a la consideración de que el Ministro de Finanzas integra el Directorio del Banco Central del Ecuador, de conformidad con el artículo 57 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, el informe jurídico concluye que: “no es necesaria la autorización del Ministerio de Finanzas, para que el Banco Central del Ecuador invierta los recursos correspondientes a los Activos Internacionales y a la Reserva Internacional de Libre Disponibilidad en el exterior”.

El artículo 168 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, sobre cuya aplicación trata la consulta, dispone que: “Cualquier inversión de recursos financieros públicos en el extranjero sólo podrá realizarse previa autorización del ente rector de las finanzas públicas”.

El artículo 71 *ibídem* prevé que la rectoría del sistema nacional de finanzas públicas (SINFIP), corresponde al Presidente de la República, quien la ejercerá, a través del Ministerio a cargo de las finanzas públicas, que será el ente rector del SINFIP.

De conformidad con los artículos 32 y 36 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, que han sido citados en el informe jurídico del Banco Central, corresponde al Directorio de esa entidad financiera pública, regular la forma en que el gobierno, las instituciones financieras públicas y las demás entidades y empresas del sector público deban realizar sus inversiones financieras; determinar mediante regulación la forma de cálculo de la reserva monetaria internacional del Banco Central del Ecuador, para cuya vigencia se requerirá la aprobación del Presidente de la República; y, realizar los activos internacionales para transformarlos en activos líquidos a efectos de integrar las tenencias de divisas que forman parte de las reservas de libre disponibilidad.

El artículo 41 de la Ley en análisis establece que: “Por reservas de libre disponibilidad se entenderán la posición neta en divisas; los derechos especiales

de giro; la posición líquida de reserva constituida en organismos monetarios internacionales por el Banco Central del Ecuador; la posición con la ALADI; y, las inversiones en instrumentos”.

De conformidad con los artículos 37 y 39 de la misma Ley, a fin de mantener la solvencia financiera externa del país, el Directorio del Banco Central del Ecuador procurará que el Banco Central conserve una reserva monetaria internacional adecuada a las necesidades previsibles de los pagos internacionales; y, mantenga reservas internacionales en las divisas que más utilice el país en sus pagos al exterior y en especial en monedas diversificadas y de fácil aceptación.

En materia de inversión de la reserva monetaria internacional, el segundo inciso del artículo 39 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado dispone que su inversión deberá garantizar “en su orden, la seguridad, liquidez y rentabilidad de tales inversiones de acuerdo con las políticas que al efecto dicte su Directorio”.

De las normas citadas se desprende que en cuanto se refiere a la reserva monetaria internacional, la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, asigna al Directorio del Banco Central del Ecuador competencia para determinar su forma de cálculo (artículo 36); y, para establecer las políticas de inversión de dicha reserva (artículo 39).

La letra f) del artículo 57 de la misma Ley, incluye al Ministro de Finanzas o su delegado, entre los miembros del Directorio del Banco Central del Ecuador.

El artículo 168 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que fue transcrito al inicio de este pronunciamiento, exige la autorización del ente rector de las finanzas públicas, que es el Ministerio de Finanzas según el artículo 71 *ibídem*, para cualquier inversión de recursos financieros públicos en el extranjero, sin establecer excepción alguna.

Por su rango de ley orgánica, y por haber sido expedido con posterioridad, el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas prevalece en materia de inversión de recursos públicos en el exterior, respecto de la Ley Orgánica de Régimen Monetario y Banco del Estado, que tiene la calidad y jerarquía de ley ordinaria.

El principio de legalidad que rige en Derecho Público, establecido en el artículo 226 de la Constitución de la República, determina que: “Las instituciones del

Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”.

En atención a los términos de su consulta se concluye que conforme lo dispone el artículo 168 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, el Banco Central del Ecuador debe requerir la autorización previa del Ministerio de Finanzas, como rector del sistema nacional de finanzas públicas, para realizar cualquier inversión de recursos financieros públicos en el extranjero, lo que exige a dichas entidades, en aplicación de la obligación de coordinación entre instituciones públicas establecida en el artículo 226 de la Constitución de la República, implementar los mecanismos de coordinación pertinentes, a fin de asegurar la oportunidad de las decisiones que el Banco Central del Ecuador requiera adoptar, incluyendo la posibilidad de que tales mecanismos puedan establecerse a través de la normativa secundaria aplicable al caso.

OF. PGE. N°: 00523, de 21-02-2011

**RÉGIMEN JURÍDICO, SOCIETARIO Y LABORAL:
INDUSTRIAS GUAPAN S.A.**

ENTIDAD CONSULTANTE: BANCO DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL, BIESS

CONSULTAS:

1. “¿Está vigente el artículo 48 de la Ley de Modernización del Estado, y por lo tanto, la Compañía Industrias Guapán S.A., debe administrarse bajo el régimen de derecho privado tanto en lo tributario como en lo laboral?”.
2. “O, en su caso la Compañía Industrias Guapán en aplicación del artículo innumerado introducido a continuación del artículo 300 de la Ley de Compañías debe observar las reglas de esta ley en el ámbito exclusivamente societario, sujetándose en todo lo demás a las reglas de la empresa pública?”.
3. “¿En cualquiera de los dos casos, cuál es el régimen laboral que debe observar Industrias Guapán, aclarando si esta empresa está obligada a cumplir el artículo 97 del Código del Trabajo?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 328, 368, 369, 370, 372 y Disp. Trans. Vigésimo Tercera.

Ley Orgánica de Empresas Públicas Arts. 5, 308, Disp. Trans. Segunda y Disp. Final Segunda.

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

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Art. 77.

Ley de Modernización del Estado, Privatización y Prestación de Servicios Públicos Art. 48.

Ley de Compañías Art. 300.

Ley del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social Arts. 1 y 2.

Ley de Creación del BIESS Arts. 7, 8 y Disp. Trans. Octava.

Código del Trabajo Arts. 97 y 542 num. 1.

PRONUNCIAMIENTOS:

1 y 2. En la comunicación de consulta se refiere que mediante Decreto Legislativo publicado en el Registro Oficial No. 61 de 12 de noviembre de 1952, se dispuso la creación de una fábrica de cemento en la ciudad de Azogues, parroquia Guapán, disponiéndose la conformación de una sociedad anónima cuyos promotores serían el Estado, las Cajas de Previsión, las Municipalidades del Austro y los Bancos Provinciales del Cañar y Azuay.

Según consta en la consulta, la Compañía Industrias Guapán S.A. se constituyó como sociedad anónima por escritura pública otorgada ante el Notario Público del cantón Azogues, el 18 de julio de 1955, inscrita en el Registro Mercantil del mismo cantón el 30 de septiembre de 1955. Idéntico antecedente consta en la cláusula segunda de la escritura pública de aumento de capital y reforma del estatuto de la Compañía Industrias Guapán S.A., otorgada el 21 de junio de 2010, ante el Notario Segundo del Cantón Azogues, cuya copia certificada se ha remitido a pedido nuestro.

Finalmente, se expone que el 10 de enero de 2011, se transfirieron al BIESS las acciones que el IESS mantenía en esa compañía anónima; y, que en la actualidad el capital social de dicha empresa corresponde el 99.8% al BIESS y el 0.18% al Banco Nacional de Fomento.

El informe jurídico contenido en oficio No. 208-DJ-BIESS-2011 de 8 de abril de 2011, remitido a pedido nuestro, invoca entre otras normas el artículo 143 de la

Ley de Compañías, que define a la compañía anónima; y, los artículo 4 y 5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que conceptualiza a las empresas públicas como personas jurídicas de derecho público y establece sus mecanismos de creación: mediante Decreto Ejecutivo para las empresas de la Función Ejecutiva; acto normativo para el caso de las empresas constituidas por los Gobiernos Autónomos Descentralizados (GADs); y, mediante escritura pública para las empresas que se constituyan entre la Función Ejecutiva y los GADs.

El citado informe jurídico invoca además el numeral 2.2.2. de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que establece el régimen aplicable para la transformación en empresas públicas de las sociedades anónimas en las que el Estado a través de sus entidades y organismos es accionista mayoritario.

Sobre dicha base, el informe del Director Jurídico del BIESS concluye manifestando que: “No existe acto normativo o decreto ejecutivo alguno que haya declarado a Industrias Guapán S.A., como empresa pública, en los términos del artículo 5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas”; que “...como su razón social y los antecedentes de su constitución lo indican, es una sociedad anónima, regulada, para todos sus efectos y en todos sus ámbitos de acción, por la Ley de Compañías y demás normativa aplicable a ese tipo de sociedad”; y, que “Industrias Guapán C.A. es una sociedad anónima cuyo capital pertenece mayoritariamente a una entidad del sector público (BIESS), sin embargo, conforme dispone la Constitución del Ecuador, norma suprema de la República, en su artículo 372, ninguna Institución del Estado puede menoscabar el patrimonio del seguro general obligatorio, cuyos recursos son diferentes a los del Fisco”.

El informe jurídico del BIESS no cita ni analiza los artículos 48 de la Ley de Modernización, ni el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 300 de la Ley de Compañías, que constituyen materia específica de la consulta.

El artículo 48 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, sobre cuya aplicación trata su primera consulta, dispone:

“Art. 48.- Régimen.- Para todos los efectos, incluyendo el tributario y el laboral, las corporaciones, fundaciones, sociedades y compañías constituidas con el aporte total o parcial de capital o bienes de propiedad de instituciones del Estado,

se someterán al régimen legal aplicable a las personas jurídicas de derecho privado...”.

Por su parte, el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 300 de la Ley de Compañías, sobre el que trata su segunda consulta, fue introducido por la Disposición Final Segunda de Ley Orgánica de Empresas Públicas, y prescribe:

“Art. ...- Exclusivamente para asuntos de carácter societario, las sociedades anónimas cuyo capital societario esté integrado única o mayoritariamente con recursos provenientes de: 1. entidades del sector público; 2. empresas públicas municipales o estatales o, 3. sociedades anónimas; cuyo accionista único es el Estado, estarán sujetas a las disposiciones contenidas en esta Sección. Para los demás efectos, dichas empresas se sujetarán a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Empresas Públicas”.

La Sección VI de la Ley de Compañías, a la que se refiere el artículo innumerado agregado a continuación de su artículo 300 por la Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, regula a la sociedad anónima; y, el artículo 308 de la citada Ley de Compañías, que no ha sido reformado, dispone que: “El Estado, las municipalidades, los consejos provinciales y las entidades u organismos del sector público, podrán participar, conjuntamente con el capital privado, en el capital y en la gestión social de esta compañía”.

En atención a su primera consulta se concluye que el artículo 48 de la Ley de Modernización del Estado, no fue derogado expresamente por la Ley Orgánica de Empresas Públicas. Sin embargo, la reforma introducida por el numeral 1.5 de la Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que incorporó un artículo innumerado a continuación del artículo 300 de la Ley de Compañías, modificó el régimen jurídico aplicable a las sociedades anónimas de propiedad del Estado incluidas en el ámbito de aplicación determinado en los artículos 1 y 5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que para todos los efectos, tales como tributario, laboral, contractual, (excepto el societario), quedaron sujetas a la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

El artículo 48 de la Ley de Modernización del Estado sigue vigente y es aplicable con respecto a las sociedades anónimas que no están sujetas a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, por lo que procede determinar el marco jurídico que regula el caso consultado y si la compañía que motiva su consulta se encuentra sujeta al ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

La Constitución de la República, en el Título VII, Sección Tercera, establece la la Seguridad Social como parte del régimen del Buen Vivir y el artículo 367 determina los principios que la rigen.

Adicionalmente, respecto la Seguridad Social, la Carta Constitucional dispone lo siguiente:

“Art. 368.- El sistema de seguridad social comprenderá las entidades públicas, normas, políticas, recursos, servicios y prestaciones de seguridad social, y funcionará con base en criterios de sostenibilidad, eficiencia, celeridad y transparencia. El Estado normará, regulará y controlará las actividades relacionadas con la seguridad social”.

“Art. 369.- El seguro universal obligatorio cubrirá las contingencias de enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte y aquellas que defina la ley. Las prestaciones de salud de las contingencias de enfermedad y maternidad se brindarán a través de la red pública integral de salud.

El seguro universal obligatorio se extenderá a toda la población urbana y rural, con independencia de su situación laboral. Las prestaciones para las personas que realizan trabajo doméstico no remunerado y tareas de cuidado se financiarán con aportes y contribuciones del Estado. La ley definirá el mecanismo correspondiente.

La creación de nuevas prestaciones estará debidamente financiada”.

De las normas constitucionales previamente transcritas, se evidencia que el sistema de seguridad social comprende las entidades públicas, las normas, políticas, recursos y servicios que la integran y que cubre las contingencias determinadas en la propia Constitución y la ley a favor de toda la población.

Adicionalmente, los artículos 370 de la Constitución de la República y 17 de la Ley de Seguridad Social, determinan que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social es una entidad autónoma regulada por la ley, responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados; y, en lo que corresponde al financiamiento de las prestaciones de la seguridad social, el inciso primero del artículo 371 de la Constitución de la República manda que éstas se financiarán con el aporte de las personas aseguradas en relación de dependencia

y de sus empleadores; con los aportes de las personas independientes aseguradas; con los aportes voluntarios de los ecuatorianos domiciliados en el exterior; y con los aportes y contribuciones del Estado.

En lo atinente a los recursos del seguro universal obligatorio, la misma Constitución de la República determina que:

“Art. 372.- Los fondos y reservas del seguro universal obligatorio serán propios y distintos de los del fisco, y servirán para cumplir de forma adecuada los fines de su creación y sus funciones. Ninguna institución del Estado podrá intervenir o disponer de sus fondos y reservas, ni menoscabar su patrimonio.

Los fondos provisionales (sic) públicos y sus inversiones se canalizarán a través de una institución financiera de propiedad del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; su gestión se sujetará a los principios de seguridad, solvencia, eficiencia, rentabilidad y al control del órgano competente”.

Concordante con la disposición citada, el artículo 77 del Código Orgánico de Plantificación y Finanzas Públicas excluye del Presupuesto General del Estado, el correspondiente a la Seguridad Social.

Dentro del contexto constitucional previamente referido, el artículo 16 de la Ley de Seguridad Social dispone lo siguiente:

“Art. 16.- NATURALEZA JURIDICA.- El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) es una entidad pública descentralizada, creada por la Constitución Política de la República, dotada de autonomía normativa, técnica, administrativa, financiera y presupuestaria, con personería jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto indelegable la prestación del Seguro General Obligatorio en todo el territorio nacional.

El IESS no podrá ejercer otras atribuciones ni desempeñar otras actividades que las consignadas en la Constitución Política de la República y en esta ley.

Sus fondos y reservas técnicas son distintos de los del fisco, y su patrimonio es separado del patrimonio de cada uno de los seguros comprendidos en el Seguro General Obligatorio.

Sus ingresos por aportes personales y patronales, fondos de reserva, descuentos, multas, intereses, utilidades de inversiones, contribución financiera obligatoria del Estado, y los demás señalados en esta Ley, no podrán gravarse bajo ningún concepto, ni destinarse a otros fines que a los de su creación y funciones....”.

De los artículos 372 de la Constitución de la República y 16 de la Ley de Seguridad Social, se concluye que si bien los recursos de la Seguridad Social son de naturaleza pública, son distintos de los fondos del fisco; que tales recursos deben destinarse única y exclusivamente para los fines de su creación y funciones y que los fondos previsionales públicos y sus inversiones se canalizarán a través de una institución financiera de propiedad del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

La Disposición Transitoria Vigésimo Tercera de la indicada Carta Constitucional, dispuso la creación de una entidad financiera de propiedad del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, responsable de la administración de sus fondos, bajo criterios de banca de inversión.

Con fundamento en los referidos artículo 372 y Disposición Transitoria Vigésimo Tercera de la Constitución de la República, se expidió la Ley del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, que en su artículo 1 dispone lo siguiente:

“Art. 1.- Creación, denominación y naturaleza.- Créase el BANCO DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL, como una institución financiera pública con autonomía técnica, administrativa y financiera, con finalidad social y de servicio público, de propiedad del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, denominada en adelante “el Banco”, con personería jurídica propia, que se regirá por la presente Ley y por su Estatuto”.

El objeto o finalidad del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, BIESS, se halla establecido en el artículo 2 de su Ley:

“Art. 2.- Objeto social.- El objeto social del Banco será la prestación de servicios financieros bajo criterios de banca de inversión, para la administración de los fondos previsionales públicos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS; y, la prestación de servicios financieros, para atender los requerimientos de sus afiliados activos y jubilados”.

En concordancia, el artículo 7 de Ley de Creación del BIESS, 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.

La Disposición Transitoria Octava de la misma Ley, establece que: “OCTAVA.- El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, transferirá al Banco del IESS las empresas en que tenga participación o administre directamente, para que el Banco efectúe las inversiones, desinversiones o transferencias que considere necesarias sobre la base de la valoración de mercado de dichas inversiones, ya sea a Instituciones o empresas del sector público, y subsidiariamente a empresas privadas con mecanismos competitivos y transparentes”.

Del artículo 7 y la Disposición Transitoria Octava de la Ley de Creación del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, BIESS, se desprende 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 provisionales y que el IESS transferirá al BIESS las empresas en que tenga participación o administre directamente, para que el Banco efectúe las inversiones, desinversiones o transferencias que considere necesarias

El artículo 8 de los Estatutos del BIESS, incluye entre los recursos del IESS que pasaron a ser administrados por el Banco, “La cartera de títulos valores incluidas las acciones de las empresas de propiedad del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social”.

De lo hasta aquí expresado, se evidencia que los recursos previsionales de la Seguridad Social tienen como único y exclusivo fin el de financiar las prestaciones del Seguro Social y que el ente público creado por ley para efectuar las inversiones y el manejo de los bienes y fondos que integran tales recursos, es el BIESS, entre los que se incluyen los títulos valores que comprenden las acciones de las empresas de propiedad del IESS.

En consecuencia, del análisis jurídico precedente, de conformidad con los artículos 372 de la Constitución de la República y 16 de la Ley de Seguridad Social, se concluye que los recursos de la Seguridad Social son distintos de los fondos del fisco; que tales

recursos deben destinarse única y exclusivamente para los fines y funciones de la seguridad social; y, que al ser el BIESS la entidad creada por Ley para administrar los recursos previsionales que le han sido transferidos por el IESS e invertirlos para transferir nuevamente al IESS las utilidades o réditos de dichas inversiones, para que se destinen exclusivamente para los fines de la seguridad social, se concluye que la Compañía Industrias Guapán S.A. conserva su carácter de persona jurídica de derecho privado, no sujeta a la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

En tal virtud, de conformidad con el artículo 48 de la Ley de Modernización del Estado, que dispone que: “Para todos los efectos, incluyendo el tributario y el laboral, las corporaciones, fundaciones, sociedades y compañías constituidas con el aporte total o parcial de capital o bienes de propiedad de instituciones del Estado, se someterán al régimen legal aplicable a las personas jurídicas de derecho privado”, se concluye con relación a su segunda consulta, que la Compañía de Industrias Guapán S.A. debe administrarse bajo el régimen de derecho privado, puesto que no esta sujeta a las normas previstas en la Ley Orgánica de Empresas Públicas. Lo dicho sin perjuicio de las limitaciones que la ley establezca respecto de las entidades de derecho privado en las que las instituciones del Estado tienen participación mayoritaria.

3. El informe jurídico del Director Jurídico del BIESS contenido en oficio No. 208-DJ-BIESS-2011, no consigna criterio alguno sobre esta consulta.

Mediante oficio No. 102-cetigsa-2011 de 14 de abril de 2011, ingresado a la Procuraduría General del Estado en la misma fecha, el Secretario General del Comité de Empresa de Trabajadores de Industrias Guapán S.A., en atención a la consulta formulada por el Gerente General del BIESS, expone que la naturaleza jurídica de esa empresa es de derecho privado.

El último inciso del artículo 328 de la Constitución de la República, dispone que “Las personas trabajadoras del sector privado tienen derecho a participar de las utilidades líquidas de las empresas, de acuerdo con la ley. La ley fijará los límites de esa participación en las empresas de explotación de recursos no renovables. En las empresas en las cuales el Estado tenga participación mayoritaria, no habrá pago de utilidades. Todo fraude o falsedad en la declaración de utilidades que perjudique este derecho se sancionará por la ley”.

El inciso final del artículo 97 del Código del Trabajo, que ha sido citado en su consulta, regula la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa, y dispone que: “En las entidades de derecho privado en las cuales las instituciones del Estado tienen participación mayoritaria de recursos públicos, se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público”.

De conformidad con el numeral 1 del artículo 542 del Código del Trabajo, corresponde a las Direcciones Regionales del Trabajo absolver las consultas de las autoridades y funcionarios del trabajo y de las empresas y trabajadores de su jurisdicción en todo lo que se relacione a las leyes y reglamentos del trabajo.

Por lo expuesto, este Organismo se abstiene de atender su tercera consulta.

Al tenor del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, no corresponde a este Organismo pronunciarse respecto de las resoluciones judiciales que se han citado en el oficio de consulta, cuyas copias certificadas se han remitido a este Organismo, de las que se desprende que se trata de tres fallos expedidos dos de ellos en 1983 y el tercero en 1999, que en su momento resolvieron controversias específicas de carácter laboral y tributario, en las que Cementos Guapán S.A. fue parte procesal.

OF. PGE. N°: 01820. de 17-05-2011

REINGRESO AL SECTOR PÚBLICO: JUBILADOS DE LAS FUERZAS ARMADAS

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO COORDINADOR DE SEGURIDAD INTERNA Y EXTERNA

CONSULTA:

Solicita la reconsideración del pronunciamiento de este Organismo contenido en oficio No. 00989 de 21 de marzo de 2011, sobre la aplicación del artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público que establece el pago de un beneficio económico por jubilación. La consulta tuvo por objeto determinar si dicho beneficio es aplicable respecto del personal que habiendo sido miembros de las Fuerzas Armadas, actualmente laboran en esa Secretaría de Estado, al haber sido incorporados en aplicación de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley de Seguridad Pública y del Estado.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 81 y 129.

Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Art. 24.

LOSCCA Arts. 133, 134 (derogada).

Ley del Seguro Social Obligatorio Art. 242 (derogada).

Ley de Seguridad Pública y del Estado Art. 15 y Disp. Trans. Segunda.

Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Art. 21.

PRONUNCIAMIENTO:

En dicho pronunciamiento se concluyó lo siguiente:

“Se entiende que las normas de la Ley Orgánica del Servicio Público, relacionadas con derecho al beneficio de la jubilación, se refieren únicamente a los años prestados por el servidor dentro del servicio público; por lo que solo podrían considerarse los años en la carrera militar, para efectos del pago de la compensación por jubilación prevista en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, en el caso de los militares que se hubieren separado del servicio activo sin haber alcanzado derecho a la pensión de retiro y que hubieran habilitado dicho tiempo de servicio en el IESS, conforme lo prevé expresamente el artículo 24 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, que dispone que “Cuando el militar se separe del servicio activo, sin haber alcanzado derecho a la pensión de retiro, el IESS habilitará como tiempo de afiliación en este Instituto, el tiempo de servicio militar, de conformidad con las normas y procedimientos de su legislación”. Por lo tanto, a los militares que perciban pensión de retiro, no se les otorga el derecho para habilitar el tiempo de servicio activo en la carrera militar y sumarlos a los desempeñados como servidores públicos, para acceder al beneficio del artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público”.

Entre los antecedentes expuestos en la consulta, se hizo referencia a la situación de varios militares que ingresaron a la carrera administrativa, en aplicación del artículo 15 de la Ley de Seguridad Pública y del Estado, que permitió que los organismos de trabajo del Consejo de Seguridad Nacional se integren con personal civil y militar especializado y previamente calificado; y, que la Disposición Transitoria Segunda de la Ley de Seguridad Pública y del Estado estableció que los servidores públicos que venían prestando sus servicios en la Secretaría General del COSENA, bajo nombramiento o contrato, previo a un proceso de evaluación, calificación y selección de acuerdo a los requerimientos y aplicación

de los fines de esa Ley, pasen a formar parte del Ministerio de Coordinación de Seguridad o quien haga sus veces.

El artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, sobre cuya aplicación trata la consulta dispone:

“Art. 129.- Beneficio por jubilación.- Las y los servidoras o servidores, de las entidades y organismos comprendidos en el artículo 3 de esta ley, que se acojan a los beneficios de la jubilación, tendrán derecho a recibir por una sola vez cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio contados a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, para cuyo efecto, se efectuarán las reformas presupuestarias correspondientes en función de la disponibilidad fiscal existente. Se podrá pagar este beneficio con bonos del Estado. Se exceptúan de esta disposición los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

Los jubilados y quienes reciban pensiones de retiro solamente podrán reingresar al sector público en caso de ocupar puestos de libre nombramiento y remoción y aquellos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior, así como puestos de docencia universitaria e investigación científica.

En caso de reingreso al sector público, el jubilado que ya recibió este beneficio, no tendrá derecho a recibirlo nuevamente”.

En forma previa a emitir el pronunciamiento cuya reconsideración se solicita, la Procuraduría General del Estado requirió el criterio institucional del Ministerio de Relaciones Laborales, que fue remitido en oficio No. MRL-AGRH-2011 0000813 de 19 de enero de 2011, en el que el Subsecretario Técnico de Fortalecimiento de ese Ministerio manifestó que para que un servidor acceda al beneficio por jubilación establecido en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, debe cumplir con el requisito de edad determinado en el artículo 81 ibídem, así como los requisitos establecidos en la Ley de Seguridad Social para el efecto; que para el pago del beneficio de jubilación, se tomarán en cuenta todos los años laborados en el sector público, considerando que el jubilado que ya hubiere recibido este beneficio no podrá acceder a éste nuevamente; y, que: “el personal de las Fuerzas Armadas, está exento de la aplicación del artículo 129; adicionalmente, si dicho personal, recibe un valor por concepto de pensión por

retiro del ISSFA, no le asiste el derecho de acceder al beneficio de la jubilación contemplado en el artículo 129 y regulado por el artículo 81, de la Ley Orgánica del Servicio Público, en virtud de que no se puede otorgar doble beneficio por el mismo concepto”.

En el pronunciamiento se consideró que el artículo 24 de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, prevé en forma expresa el caso en que el militar se hubiere separado del servicio activo, sin haber alcanzado derecho a la pensión de retiro, evento en el que dispone que: “el IESS habilitará como tiempo de afiliación en este Instituto, el tiempo de servicio militar, de conformidad con las normas y procedimientos de su legislación”.

El pedido de reconsideración argumenta que el pronunciamiento no ha considerado el tenor del inciso final del artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que dispone que: “En caso de reingreso al sector público, el jubilado que ya recibió este beneficio, no tendrá derecho a recibirlo nuevamente”; y, que la consulta se refiere a actuales servidores públicos civiles que se retiraron de la institución militar hace más de 23 años, a quienes se les otorgó, en ese entonces, pensiones de retiro; es decir, que la consulta trata sobre miembros de las Fuerzas Armadas que sí gozan de pensión de retiro.

En el informe jurídico que se ha remitido como alcance al pedido de reconsideración, contenido en oficio No. MICS-DAJ-2011-149 de 14 de abril de 2011, en el que se hacen precisiones que no se hicieron en la consulta, el Director de Asesoría Jurídica del Ministerio de Coordinación de Seguridad argumenta con respecto a la aplicación del inciso final del artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que dicha norma es clara al disponer que el jubilado que ya recibió el beneficio (estímulo para jubilación) establecido en esa norma, no tendrá derecho a recibirlo nuevamente, pero que no cabe realizar una interpretación extensiva o analógica, asumiendo que “pensión de retiro” es lo mismo que “jubilación”.

Argumenta que: “Si la voluntad del Legislador era la de prohibir que accedan al beneficio por jubilación a las personas que perciben pensiones de retiro, así debió expresarlo textualmente en la norma legal, no se puede asumir lo que supuestamente “quiso decir” el hacedor de la ley (interpretación extensiva de la norma) o interpretar que es lo mismo jubilación que retiro (interpretación analógica) y en base a ello excluir de acceder al goce de tal beneficio al personal retirado de las FF.AA. que han cumplido un ciclo de vida en el servicio civil”.

Concluye el informe jurídico que el beneficio por jubilación se creó por el artículo 133 de la derogada Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones de los Servidores Públicos (LOSCCA), que establecía que por tal concepto el servidor que renuncie para acogerse a jubilación, recibiría el pago de cuatro remuneraciones mensuales unificadas.

Para atender su pedido se considera que la derogada Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, vigente a la época del reingreso de los servidores a quienes se refiere la consulta, no establecía ninguna prohibición para reingreso a prestar servicios al sector público que impida que pensionistas o jubilados ingresen al servicio civil.

El artículo 134 de la derogada Codificación de Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones de los Servidores Públicos (LOSCCA), estableció el beneficio por jubilación en beneficio del personal que renuncie para acogerse a jubilación; y, en su segundo y tercer incisos previó que en caso de reingreso al servicio público, “el jubilado no tendrá derecho a este beneficio”, y que “los jubilados en general y los que reciban pensiones de retiro, solo podrán reingresar al sector público siempre que sus pensiones mensuales no superen los quinientos dólares de los Estados Unidos de América”.

En forma adicional, es pertinente agregar que el artículo 242 de la derogada Ley del Seguro Social Obligatorio, previó que para efectos de las prestaciones del IESS, los tiempos de servicios militares podían sumarse a los tiempos de servicios públicos o privados. Dicha norma disponía:

“Art. 242.- Cómputo de tiempos de servicios civiles y militares.

Los tiempos de servicios militares podrán sumarse con tiempos de servicios civiles: públicos o privados, para efecto de las prestaciones por invalidez, vejez, retiro militar y muerte.

Si el tiempo del servicio militar fuere mayor que el tiempo de servicio civil público, la Caja Militar otorgará las prestaciones de acuerdo con su Ley, siempre que con solo esos dos tiempos se cumplan las condiciones exigidas en la Ley de Pensiones de las Fuerzas Armadas. En este caso el IESS transferirá a la Caja

Militar, los aportes personales y patronales; y, esta última, calculará la prestación considerando todos los tiempos de imposiciones civiles: públicas y privadas, y militares, como tiempo militar.

Si el tiempo de servicio militar fuere mayor que el tiempo de servicio civil público, pero sumando estos dos tiempos no se cumplieren las condiciones exigidas por la Ley de Pensiones de las Fuerzas Armadas para tener derecho a la prestación, o si dicho tiempo militar fuere menor que el civil público, podrán sumarse los tiempos de servicios civiles, tanto públicos como privados, afectos al Régimen del Seguro Social, pero en tales casos la pensión correrá a cargo de este último, siempre que se cumplan las condiciones de edad y tiempos de servicio exigidas en esta Ley y su Estatuto. En estos casos, la Caja Militar transferirá al IESS los aportes personales y patronales correspondientes, considerando, para efecto de los seguros de Invalidez, Vejez y Muerte, todos los tiempos de imposiciones civiles: públicas y privadas, y militares, como tiempo civil”.

El artículo 24 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, cuyo análisis se incluyó en mi pronunciamiento dispone que “Cuando el militar se separe del servicio activo, sin haber alcanzado derecho a la pensión de retiro, el IESS habilitará como tiempo de afiliación en este Instituto, el tiempo de servicio militar, de conformidad con las normas y procedimientos de su legislación”.

Del tenor del artículo 24 de la Ley Orgánica de la Fuerzas Armadas, se desprende que esa norma prevé únicamente el caso del militar que se separe del servicio activo, sin haber alcanzado derecho a la pensión de retiro, evento en el que permite, para efectos de afiliación al IESS, que se considere todo el tiempo de servicio militar. La citada norma, no regula el caso del militar que se separe del servicio activo, habiendo alcanzado la pensión de retiro.

Sobre dicha base, el pronunciamiento concluyó que de conformidad con el citado artículo 24 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas “a los militares que perciban pensión de retiro, no se les otorga el derecho para habilitar el tiempo de servicio activo en la carrera militar y sumarlos a los desempeñados como servidores públicos, para acceder al beneficio del artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público”, sin que ello signifique que no les sea aplicable el beneficio de jubilación, si cumplen los requisitos para la jubilarse, como argumenta el pedido de reconsideración.

El artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, determina la edad de retiro voluntario (65 años de edad) y obligatorio (70 años de edad) del servicio público; y, el artículo 129 de la misma Ley establece el beneficio por jubilación. Con relación a dicho estímulo el Ministerio de Relaciones Laborales mediante oficio circular MLR- DSMUATH-2011-0006116 de 19 de abril del 2011, suscrito por el Viceministro del Servicio Público, dirigido a los Ministros de Estado, Secretarios Nacionales, Directores de la Función Ejecutiva y de las Entidades Adscritas y Dependientes, expresa lo siguiente:

“Por lo expuesto, en el evento que un servidor público requiera acceder al beneficio de jubilación determinado el artículo 129 y regulado por el artículo 81, el pago de la compensación tomará en cuenta todos los años de servicio en el Sector Público, tomando en consideración que el jubilado que ya hubiere recibido este beneficio no podrá acceder a éste nuevamente. De ninguna manera si la Institución no cuenta con la disponibilidad presupuestaria para el beneficio de jubilación, desvinculará al servidor de su puesto de trabajo hasta poder cubrir el beneficio de su compensación económica”.

De lo anteriormente referido por el Ministerio de Relaciones Laborales, se desprende que quienes hayan sido anteriormente beneficiarios del estímulo por jubilación, no podrán acceder nuevamente al mismo.

El estímulo por jubilación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 de la LOSEP, constituye un incentivo para que los servidores públicos opten por acogerse a la jubilación y retirarse del servicio público, por lo que se colige que es un beneficio distinto de la pensión de retiro que del tenor del artículo 21 de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, es una prestación que consiste en el pago de una pensión vitalicia al asegurado que se separa del servicio activo de las Fuerzas Armadas mediante la baja y que acredita un mínimo de veinte años de servicio activo y efectivo en la Institución.

En consecuencia, se concluye que el personal del Ministerio Coordinador de la Seguridad que, percibiendo pensión de retiro militar, haya reingresado al sector público, puede percibir el beneficio previsto por el artículo 129 de la LOSEP, siempre que cumplan con los requisitos de edad y número de imposiciones al seguro social para acogerse a la jubilación, conforme a la Ley de Seguridad Social y las Resoluciones del Consejo Directivo del IESS citadas en la absolución de la consulta que se aclara.

En los términos que precede, aclaro mi pronunciamiento contenido en oficio No. 989 de 21 de marzo de 2011.

El cálculo del beneficio se deberá hacer bajo exclusiva responsabilidad de la entidad consultante, en la forma dispuesta por el citado artículo 129 de la LOSEP, a partir del quinto año de servicios en el sector público.

OF. PGE. N°: 01768, de 12-05-2011

REMUNERACIONES: SERVIDORES DEL CONSEJO PROVINCIAL

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO PROVINCIAL DE PASTAZA

CONSULTA:

“¿Es facultad o procedente que el Consejo Provincial de Pastaza fije su propio régimen de remuneraciones, en base a la autonomía constitucional consagrada en el artículo 238 de la Constitución de la República del Ecuador y como lo confiere las normas mencionadas tanto en la Ley de Régimen Provincial y ahora el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización tendiendo en cuenta para el efecto el límite máximo de remuneración mensual unificada dispuesto en el artículo 1 del Mandato Constituyente No. 2 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 261 de 28 de enero de 2008?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 225 num. 2, 229 inc. segundo y 238. Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 1, 2, 5, 354 y 360.

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 3, 100, 131 y Disks. Trans. Primera y Segunda. Mandato Constituyente N° 2 Art. 1.

PRONUNCIAMIENTO:

Tanto en la comunicación de consulta, como en el informe jurídico del señor Procurador Síndico, contenido en memorando No. 50-PS-10 de 27 de diciembre de 2010, que en copia certificada se ha acompañado, se expone que los gobiernos autónomos descentralizados, y entre ellos los Consejos Provinciales, gozan de autonomía política, administrativa y financiera, de conformidad con el artículo 238 de la Constitución de la República, autonomía que ha sido reiterada por los artículos 1 y 2 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía

y Descentralización (COOTAD), que derogó a la Ley Orgánica de Régimen Provincial.

Se agrega que, el artículo 5 del COOTAD establece que la autonomía de los gobiernos autónomos descentralizados, “comprende el derecho y la capacidad efectiva de estos niveles de gobierno para regirse mediante normas y órganos de gobierno propios, en sus respectivas circunscripciones territoriales, bajo su responsabilidad, sin intervención de otro nivel de gobierno y en beneficio de sus habitantes”.

El informe jurídico añade que el artículo 1 del Mandato Constituyente No. 2, estableció los límites para la remuneración mensual unificada máxima en el sector público; y, que la letra c) del artículo 2 de dicho Mandato, incluye en su ámbito de aplicación a las entidades que integran el régimen seccional autónomo; cita el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado, contenido en oficio No. 002604 de 21 de agosto de 2008, en el que en atención a una consulta del H. Consejo Provincial de Pichincha, se concluyó que dicho Gobierno Provincial podría fijar su propio régimen de remuneraciones, teniendo en cuenta el límite máximo de remuneración mensual unificada, establecido por el artículo 1 del Mandato Constituyente No. 2.

Finalmente se expone que mediante Resolución No. 033-GPPz-2009 de 26 de agosto de 2009, cuya copia certificada se ha acompañado, el Prefecto Provincial de Pastaza, reguló las remuneraciones del nivel jerárquico superior de los funcionarios del Gobierno Provincial de Pastaza, observando el citado Mandato Constituyente y tomando como referencia las escalas emitidas mediante Resolución No. SENRES-2009-0065, publicada en el Registro Oficial No. 568 de 13 de abril de 2009.

Sobre dicha base, el informe jurídico concluye que “el Gobierno Provincial de Pastaza puede fijar su propio régimen de remuneraciones, en base a la autonomía constitucional consagrada en el artículo 238 de la Constitución de la República del Ecuador y como le confiere las normas mencionadas del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, teniendo en cuenta para el efecto el límite máximo de remuneración mensual unificada, dispuesto en el artículo 1 del Mandato Constituyente No. 2, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 261 de 28 de enero de 2008”.

De la copia certificada de la Resolución No. 033-GPPz-2009, de 26 de agosto de 2009, se desprende sobre la base de la Resolución de la extinguida SENRES No. 2008-000156, publicada en el Registro Oficial No. 441 de 7 de octubre de 2008, el ejecutivo del Consejo Provincial de Pastaza, aplicó incrementos de remuneraciones para los grados 10 (Prefecto) y 4 (Directores, Asesores, Secretario General y Coordinador de Servicios Institucionales).

De conformidad con el artículo 238 de la Constitución de la República, los gobiernos autónomos descentralizados y entre ellos los consejos provinciales, efectivamente gozan de autonomía política, administrativa y financiera.

Según se ha manifestado en el informe jurídico del señor Procurador Síndico del Consejo Provincial de Pastaza, en pronunciamiento contenido en oficio No. 02604 de 21 de agosto de 2008, cuyo extracto se encuentra publicado en el Registro Oficial No. 436 de 30 de septiembre de 2008, en materia de remuneraciones de los gobiernos seccionales autónomos, la Procuraduría General del Estado, concluyó al amparo de la legislación entonces vigente que: “El Consejo Provincial de Pichincha puede fijar su propio régimen de remuneraciones, teniendo en cuenta para el efecto, el límite máximo de remuneración mensual unificada dispuesto en el artículo 1 de Mandato Constituyente No. 2, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 261 de 28 de enero del 2008.”

Dicho criterio se ha reiterado en otros pronunciamientos, entre ellos, el contenido en oficio No. 08037 de 26 de junio de 2009, en el que se agregó que: “hasta que se expida la ley que determine el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público, es competencia de los municipios resolver un incremento salarial para sus servidores, en forma acorde a su presupuesto, así como a la efectiva disponibilidad de fondos para ese propósito y por medio de su respectivo órgano competente, teniendo en cuenta el límite máximo de remuneración mensual unificada previsto en el citado artículo 1 del Mandato No. 2”.

Sin embargo, con posterioridad se ha promulgado la Ley Orgánica del Servicio Público, cuyo texto está publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010, que derogó en forma expresa la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones que los Servidores Públicos (LOSCCA). Se ha expedido también el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, publicado en el Suplemento del Registro Oficial

No. 303 de 19 de octubre de 2010, que derogó a la Ley Orgánica de Régimen Provincial.

El segundo inciso del artículo 229 de la vigente Constitución de la República, dispone que “Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. 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...”.

Según se desprende del texto de la norma constitucional citada, corresponde a la ley definir el organismo rector en materia de remuneraciones para todo el sector público, que incluye a las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado, de conformidad con el numeral 2 del artículo 225 de la Constitución de la República.

El artículo 3 de la vigente Ley Orgánica del Servicio Público establece que sus disposiciones son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones en toda la administración pública, que según el numeral 2 de ese artículo, también incluye a las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado, como es el caso de los Consejos Provinciales.

El mismo artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, en el segundo párrafo posterior a su numeral 4, dispone que “Las escalas remunerativas de las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales, se sujetarán a su real capacidad económica y no excederán los techos y pisos para cada puesto o grupo ocupacional establecidos por el Ministerio de Relaciones Laborales, en ningún caso el piso será inferior a un salario básico unificado del trabajador privado en general”.

El artículo 131 de la misma Ley establece que son organismos de gestión, regulación y control de las remuneraciones de los dignatarios, autoridades, funcionarios y servidores de las entidades y organismos previstos en el artículo 3 de esa Ley, dentro del ámbito de sus competencias, los siguientes: a) El Ministerio de Relaciones Laborales, b) El Ministerio de Finanzas; c) La Contraloría General del Estado; y, d) El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

El artículo 100 de la Ley Orgánica del Servicio Público confiere al Ministro de Relaciones Laborales competencia para expedir la escala de remuneración

mensual unificada del nivel jerárquico superior. En concordancia, las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda de misma Ley, en su orden prescriben:

“PRIMERA.- A partir de la expedición de la resolución del Ministerio de Relaciones Laborales, que se publicará en el Registro Oficial, que contenga la escala nacional de remuneraciones mensuales unificadas, quedarán sin efecto todas las escalas de remuneraciones, salarios o ingresos en general que hasta esa fecha hayan regido para la determinación de las remuneraciones de los servidores de las entidades, instituciones y organismos contempladas en el Artículo 3 de esta Ley”.

“SEGUNDA.- Si una vez producida la unificación de los ingresos de los dignatarios, autoridades, funcionarios, servidores y trabajadores de las entidades y organismos previstos en el artículo 83 de esta ley, sus remuneraciones unificadas fueren inferiores a las determinadas en el grado o categoría que le corresponda en las escalas nacionales de remuneraciones mensuales unificadas, la homologación se efectuará a partir de la promulgación de esta Ley, de acuerdo al plan técnico y económico de mediano plazo no mayor de dos años preparado por el Ministerio de Finanzas y el Ministerio de Relaciones Laborales, el cual deberá encontrarse debidamente financiado en el Presupuesto General del Estado.

En los casos que fuere necesario y durante el proceso de determinación de las escalas remunerativas, se unificarán los ingresos económicos que perciben las servidoras y servidores públicos conforme a esta ley.

En el caso de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, sus entidades y regímenes especiales, en el mismo plazo”.

De las normas transcritas se desprende que a partir de la promulgación de la Ley Orgánica del Servicio Público, a cuyo ámbito de aplicación están sujetos los gobiernos autónomos descentralizados, según el numeral 2 de su artículo 3, compete al Ministerio de Relaciones Laborales, de conformidad con el artículo 100 *ibídem*, expedir la escala nacional de remuneraciones mensuales unificadas del nivel jerárquico superior, mediante Resolución que deberá ser publicada en el Registro Oficial, a raíz de lo cual quedarán sin efecto todas las escalas que hasta esa fecha hubieren regido en el sector público, según lo prevé la Disposición Transitoria Primera de esa Ley, como consecuencia de lo cual, de existir servidores cuya remuneración unificada fuere inferior a la determinada en el grado o categoría correspondiente en la escala nacional de remuneraciones

mensuales unificadas, deberán ser homologados de conformidad con el plan técnico y económico que preparen el Ministerio de Relaciones Laborales y el Ministerio de Finanzas, en aplicación de la Disposición Transitoria Segunda de dicha Ley, cuyo inciso final establece idéntica prescripción para los Gobiernos Autónomos Descentralizados.

Por otra parte, los artículos 354 y 360 del Código Orgánico de Administración Territorial, Autonomía y Descentralización, que derogó la Ley Orgánica de Régimen Provincial, en materia de servidores públicos, en su orden, disponen lo siguiente:

“Art. 354.- 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.

En ejercicio de su autonomía administrativa, los gobiernos autónomos descentralizados, mediante ordenanzas o resoluciones para el caso de las juntas parroquiales rurales, podrán regular la administración del talento humano y establecer planes de carrera aplicados a sus propias y particulares realidades locales y financieras”.

“Artículo 360.- Administración.- La administración del talento humano de los gobiernos autónomos descentralizados será autónoma y se regulará por las disposiciones que para el efecto se encuentren establecidas en la ley y en las respectivas ordenanzas...”.

De las normas citadas se desprende que el vigente Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, reconoce la autonomía de los Consejos Provinciales, pero en materia de administración del talento humano se remite al marco general establecido en esa materia por la vigente Ley Orgánica del Servicio Público, cuyo artículo 3 antes citado en el el segundo párrafo posterior a su numeral 4 prevé que en materia de remuneraciones, los gobiernos seccionales autónomos se sujetarán “a su real capacidad económica y no excederá los techos y pisos para cada puesto o grupo ocupacional establecidos por el Ministro de Relaciones Laborales”.

El artículo 1 del Mandato Constituyente No. 2, dispuso que la remuneración mensual unificada máxima será el valor equivalente a veinticinco salarios básicos

unificados del trabajador privado, para los dignatarios, magistrados, autoridades, funcionarios, delegados o representantes a los cuerpos colegiados, miembros de la Fuerza Pública, servidores y trabajadores del sector público, tanto financiero como no financiero; y, la letra c) del artículo 2 ibídem, incluyó a las entidades del régimen seccional autónomo, al ámbito de aplicación del Mandato 2. El concepto de remuneración mensual unificada se ha mantenido en el artículo 96 de la vigente Ley Orgánica del Servicio Público.

Del análisis que precede se concluye que el artículo 354 del COOTAD, dispone que los servidores públicos de cada gobierno autónomo descentralizado se registrarán por el marco general que establezca la ley que regule el servicio público; y, el artículo 100 de la Ley Orgánica del Servicio Público asigna al Ministerio de Relaciones Laborales, competencia para expedir la escala nacional de remuneraciones mensuales unificadas correspondiente al nivel jerárquico superior, mediante Resolución que deberá ser publicada en el Registro Oficial.

En atención a los términos de su consulta se concluye que a partir de la vigencia del COOTAD, cuyo artículo 354 en materia de remuneraciones de los servidores de los gobiernos autónomos descentralizados se remite a la Ley Orgánica del Servicio Público, el Consejo Provincial de Pastaza para efectos de determinar las escalas de remuneraciones, deberá observar tanto el límite máximo de remuneración mensual unificada, establecido por el artículo 1 del Mandato Constituyente No. 2, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 261, de 28 de enero del 2008, como el límite mínimo determinado por el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, así como la escala de remuneraciones mensuales unificadas que expida el Ministerio de Relaciones Laborales, en aplicación del artículo 100 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

OF. PGE. N°: 00361, de 08-01-2011

SEGURO DE DEPÓSITOS: LIQUIDACIÓN DEL FONDO DE SEGUROS DEL BEV

ENTIDAD CONSULTANTE: BANCO ECUATORIANO DE LA VIVIENDA

CONSULTAS:

1. “¿Está facultado el Banco Ecuatoriano de la Vivienda para operar el seguro de depósitos a que hace referencia el artículo 5 de su ley constitutiva, así como para mantener un Fondo de Seguros, siendo que las únicas personas autorizadas

son las definidas en la Ley General de Seguros, mismas que tienen como objeto exclusivo el negocio de asumir directa o indirectamente o aceptar y ceder riesgos en base a primas?”.

2. “¿Si se considerase que el Banco Ecuatoriano de la Vivienda no está facultado para operar seguros ni para mantener dicho fondo, debe dicho Banco proceder con la liquidación del Fondo de Seguros?”.

BASES LEGALES:

Ley General de Seguros Arts. 1, 3, 4, 5, 6, 7 y 33.

Ley Constitutiva del Banco Ecuatoriano de la Vivienda Arts. 5, 27 y 28.

Reglamento para la Organización y Funcionamiento de la Sección Seguros del Banco Ecuatoriano de la Vivienda Arts. 1 num. 1.5, 3 nums. 3.1 y 3.2 y 4.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. El informe jurídico del consultante, contenido en memorando No. BEV-SBJ-2011-M-245 de 7 de febrero de 2011, expone que de conformidad con el artículo 5 de la Ley del Banco Ecuatoriano de la Vivienda, ese Banco está facultado para realizar todas las funciones y operaciones que fueren necesarias para el cumplimiento de sus fines, entre ellas, según la letra e) del citado artículo 5, la de operar el seguro de los préstamos hipotecarios que hiciera ese Banco, para lo que el artículo 27 de la misma Ley le autoriza para establecer la sección de seguros y constituir el Fondo de Seguros de Depósitos e hipotecas.

Agrega el informe que el Reglamento para la Organización y Funcionamiento de la Sección Seguros del Banco Ecuatoriano de la Vivienda fue dictado por el Directorio del BEV y aprobado por la Superintendencia de Bancos el 22 de mayo de 2000.

El criterio jurídico del consultante, considera que los fines para los que fue creado el Fondo de Seguros “fueron alcanzados, hasta el momento en que la Ley General de Seguros empezó a regir”, pues a partir de su promulgación “resulta jurídicamente improcedente e inoficioso que el Banco Ecuatoriano de la Vivienda, mantenga una Sección “Seguros” y un Fondo Común de Seguros.” Finalmente agrega que, el objeto social del BEV es distinto al que prevé el artículo 3 de la Ley de Seguros. Al respecto, el informe jurídico del BEV concluye que:

“...con la promulgación de la Ley General de Seguros, el Banco Ecuatoriano de la Vivienda no está facultado para operar seguros de depósitos a que hace referencia

el artículo 5 de su Ley constitutiva (Sección Seguros), así como mantener un Fondo Común de Seguros; ya que, su existencia no tiene asidero jurídico ni fáctico alguno, toda vez que dicho fondo no garantiza la recuperación de las obligaciones contraídas por sus clientes, pues como se mencionó anteriormente, el Banco Ecuatoriano de la Vivienda dejó de operarlo desde el momento en que la Ley General del Seguros empezó a regir”. Y que por tanto, el Banco Ecuatoriano de la Vivienda, debería proceder con la liquidación del Fondo Común de Seguros.

Por su parte, la Superintendencia de Bancos y Seguros, en oficio No. SBS-INJ-SAL-2011-317 de 5 de abril de 2011, en atención al pedido de esta Procuraduría, expone que el Banco Ecuatoriano de la Vivienda no es una entidad que forma parte del sistema de seguro privado, no tiene el mismo objeto social; y, no se rige por la Ley General de Seguros, por lo que no realiza operaciones de seguros directamente y no emite pólizas de seguros. Aclara que las pólizas son emitidas únicamente por las empresas de seguros legalmente autorizadas de conformidad con las disposiciones legales establecidas en la Ley General de Seguros; y, que la Ley General de Seguros no reformó las disposiciones de la Codificación de la Ley sobre el Banco Ecuatoriano de la Vivienda y el Reglamento para la Organización y funcionamiento de la Sección Seguros del BEV.

Sobre dicha base, la Superintendencia de Bancos y Seguros concluye que, el BEV se encuentra facultado para operar el seguro de depósitos a través del Fondo de la Sección de Seguros, “mediante la contratación de pólizas de seguros emitidas por empresas legalmente autorizadas”. La Superintendencia de Bancos y Seguros, finalmente argumenta que:

“Como ya se indicó el Banco Ecuatoriano de la Vivienda si está facultado tanto por la Ley sobre el Banco Ecuatoriano de la Vivienda y las Asociaciones Mutualistas de Ahorro y Crédito para la Vivienda y el Reglamento para la Organización y funcionamiento de la Sección Seguros del Banco Ecuatoriano de la Vivienda, para operar el seguro de depósitos, sin embargo, de considerarse conveniente a los intereses del Banco, liquidar el Fondo Común de Seguros, conforme el criterio de la Intendencia Nacional Jurídica contenido en el memorando No. INJ-SAL-2006-0248 de 13 de abril de 2006, en relación con la viabilidad de la liquidación del Fondo Común de Seguros del Banco Ecuatoriano de la Vivienda, cuya copia adjunto, deben cumplirse previamente las siguientes condiciones:

“... adicionalmente a las observaciones ya realizadas en el sentido de que la junta de Administración del fondo y el Directorio del Banco no tenían atribución

legal para resolver la liquidación del mismo, esta Intendencia considera que mientras el Fondo mantenga pendientes obligaciones vinculadas directamente a sus finalidades, cuales son: garantizar al Banco la total recuperación del saldo de la obligación adeudada; y cancelar las pérdidas ocasionadas por los riesgos señalados en el reglamento dictado para el efecto y cubiertos por las respectivas pólizas de seguros, el Fondo debe seguir existiendo jurídicamente.

Cumplidas las finalidades del Fondo y extinguidas las obligaciones que éste respalda, se podrá establecer el mecanismo que permita su eventual liquidación o destino futuro”.

De la copia simple del memorando No. INJ-SA.-2006-0248 de 13 de abril de 2006, remitido por la Superintendencia de Banco y Seguros, que contiene el pronunciamiento legal de la Intendencia Nacional Jurídica de ese Organismo de Control, remitido como anexo al oficio No. SBS-INJ-SAL-2011-317 de 5 de abril de 2011, que contiene el criterio institucional de ese Organismo de Control, sobre el tema materia de consulta, se desprende que el Directorio del BEV, resolvió derogar el Reglamento para la Organización y Funcionamiento de la Sección Seguros del BEV y autorizar a la administración de ese Fondo, proceda con los trámites necesarios para la liquidación del Fondo Común de Seguros, lo que fue notificado a la Superintendencia de Bancos y Seguros mediante oficio No. 169 SD recibido en ese organismo de control el 11 de noviembre de 2005.

Sin embargo, del mismo documento, se desprende que la Intendencia Nacional Jurídica ya en ese entonces, se pronunció en el sentido de que la resolución adoptada por el Directorio del BEV de liquidar el Fondo Común de Seguros del BEV y disponer a la administración de ese Fondo que proceda con los trámites para la liquidación del Fondo, carece de sustento jurídico, “razón por la cual corresponde que la Intendencia Nacional de Instituciones Financieras observe la inejecutabilidad e improcedencia de las referidas resoluciones”.

La Superintendencia de Bancos y Seguros, ha remitido además copia del memorando No. INSP-2011-331 de 31 de marzo de 2011, del Intendente Nacional del Sistema de Seguro Privado, en el que se argumenta que:

“Si bien el artículo 28 de la Ley Constitutiva del Banco Ecuatoriano de la Vivienda, establece que la Sección de Seguros de Depósitos y de Préstamos Hipotecarios, tendrá capital propio integrado entre otros rubros por las primas de seguros

hipotecarios que todo deudor con préstamo hipotecario pagará al Fondo...por su parte el artículo 4 del Reglamento para la Organización y Funcionamiento de la Sección Seguros del Banco Ecuatoriano de la Vivienda, señala que para el cumplimiento de sus fines, el Fondo de la Sección de Seguros establece y administra los seguros de vida, desgravamen hipotecario e incendio, para lo cual contrata las respectivas pólizas a través del Banco con una compañía de seguros debidamente establecida en el Ecuador y autorizada por la Superintendencia de Bancos y Seguros”.

La Ley sobre el Banco Ecuatoriano de la Vivienda, está publicada en el Registro Oficial No. 802 de 14 de mayo de 1975. Su artículo 5 reformado, dispone:

Art. 5.- El Banco está facultado para realizar todas las funciones y operaciones que fueren necesarias para el cumplimiento de sus finalidades. De modo especial para:

a) Conceder préstamos a mediano y largo plazo, a las Asociaciones mencionadas en el Título II, a las Cooperativas de Crédito y Vivienda, y a las otras instituciones que traten de resolver el problema de la vivienda de mediano y bajo costo; préstamos que tendrán por finalidad la construcción, adquisición o mejora de inmuebles;

...e) Crear y operar el seguro de depósitos, y establecer o hacer arreglos para el establecimiento del seguro de los préstamos hipotecarios otorgados por las instituciones indicadas en el literal a) de este artículo o de los que hiciera el Banco”. El artículo 27 de la misma Ley sobre el Banco Ecuatoriano de la Vivienda, establece:

“Art. 27.- A fin de llevar a la práctica la facultad consignada en el literal e) del Art. 5, autorizase al Banco Ecuatoriano de la Vivienda para establecer la Sección de Seguros y constituir el Fondo de Seguros de Depósitos e Hipotecas.

La Sección de Seguros se regirá por el Reglamento que para el efecto dictará el Directorio del Banco, el cual deberá ser aprobado por la Superintendencia de Bancos”.

Por su parte, la Ley General de Seguros, se publicó en el Registro Oficial No. 290 de 3 de abril de 1998; su vigente Codificación está publicada en el Registro Oficial No. 403 de 23 de noviembre de 2006.

El artículo 1 de la Ley General del Seguros, establece su ámbito de aplicación, y dispone que esa ley regula la constitución, organización, actividades, funcionamiento y extinción de las personas jurídicas y las operaciones y actividades de las personas naturales que integran el sistema de seguro privado; las cuales se someterán a las leyes de la República y a la vigilancia y control de la Superintendencia de Bancos y Seguros.

De conformidad con el artículo 2 de la misma Ley General de Seguros, Integran el sistema de seguro privado:

- ”a) Todas las empresas que realicen operaciones de seguros;
- b) Las compañías de reaseguros;
- c) Los intermediarios de reaseguros;
- d) Los peritos de seguros; y,
- e) Los asesores productores de seguros”.

El artículo 3 *ibídem*, prevé que son empresas que realicen operaciones de seguros las compañías anónimas constituidas en el territorio nacional y las sucursales de empresas extranjeras, establecidas en el país, en concordancia con lo dispuesto en la presente Ley y “cuyo objeto exclusivo es el negocio de asumir directa o indirectamente o aceptar y ceder riesgos en base a primas”.

Los artículos 4, 5, 6 y 7 de la Ley General de Seguros, definen las actividades que realizan las compañías de reaseguros, los intermediarios de reaseguros, los peritos de seguros y los asesores productores de seguros; y, el artículo 33 de la misma Ley, citado por el informe jurídico del BEV, dispone que “Las personas naturales o jurídicas que no cumplan las disposiciones de esta Ley o no formen parte del sistema de seguro privado, no podrán realizar las operaciones determinadas en esta Ley”.

El artículo 33 de la Ley de Seguros, prohíbe a las personas naturales o jurídicas que no formen parte del sistema de seguro privado, realizar las operaciones determinadas en esa ley.

Por su parte, el “Reglamento para la Organización y Funcionamiento de la Sección de Seguros del Banco Ecuatoriano de la Vivienda”, fue aprobado mediante Resolución No. SB-2000-514 de 22 de mayo del 2000, de la Superintendencia de Bancos y Seguros, esto es con posterioridad a la promulgación de la Ley

General de Seguros. Dicha Resolución está incorporada en la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, Libro I, Título XXIV De las disposiciones especiales para las Instituciones Financieras Públicas, Capítulo VIII.

De conformidad con las definiciones que constan el numeral 1.5. del artículo 1 del citado Reglamento para la organización y funcionamiento de la sección de seguros del Banco Ecuatoriano de la Vivienda, el “Fondo de la Sección Seguros”, “Son los valores cobrados por el banco a los deudores hipotecarios, por concepto de la operación de crédito y la contratación de las pólizas de seguro de vida, de desgravamen y de incendio. Estos valores son adicionales al dividendo de amortización del préstamo que cancela el deudor hipotecario”. El numeral 1.8 del mismo artículo define al “valor asegurado”, como “el capital prestado por el banco cubierto por la hipoteca...”.

Según el artículo 3 del citado Reglamento para la Organización y Funcionamiento de la Sección Seguros del BEV, son fines del Fondo común:

“Art. 3.- FINALIDADES.- El Fondo Común tiene los siguientes fines:

- 3.1 Garantizar al banco la total recuperación del saldo de la obligación adeudada; y,
- 3.2 Cancelar al banco las pérdidas ocasionadas por los riesgos señalados en el presente reglamento y cubiertos por las respectivas pólizas de seguros”.

La afirmación de la Superintendencia de Bancos y Seguros, contenida en su oficio No. SBS-INJ-SAL-2011-317 de 5 de abril de 2011, en el sentido de que el BEV se encuentra facultado para operar el seguro de depósitos a través del Fondo de la Sección de Seguros, “mediante la contratación de pólizas de seguros emitidas por empresas legalmente autorizadas”, se corrobora con la disposición del artículo 4 del Reglamento para la organización y funcionamiento de la sección de seguros del Banco Ecuatoriano de la Vivienda”, que dispone:

“Art. 4.- CLASES DE SEGUROS.- Para el cumplimiento de las finalidades señaladas en el artículo anterior, el Fondo de la sección seguros establece y administra los seguros de vida, desgravamen hipotecario e incendio, para lo cual contratará las respectivas pólizas, a través del banco con una compañía de seguros debidamente establecida en el Ecuador y autorizada por la Superintendencia de Bancos y Seguros”.

De las normas citadas se desprende que el artículo 5 de la Ley sobre el Banco Ecuatoriano de la Vivienda, establece las funciones de esa institución financiera pública y las operaciones que está autorizada a realizar, entre ellas, conceder préstamos a mediano y largo plazo, para la construcción, adquisición o mejora de inmuebles, a las Asociaciones Mutualistas, Cooperativas de Crédito y Vivienda, y a otras instituciones que traten de resolver el problema de la vivienda de mediano y bajo costo (letra a) del artículo 5 de la Ley del BEV).

Para el efecto, la letra e) del artículo 5 de la Ley sobre el Banco Ecuatoriano de la Vivienda, autoriza a esa entidad a crear y operar el seguro de depósitos, y establecer o hacer arreglos para el establecimiento del seguro de los préstamos hipotecarios otorgados. Para ello, el artículo 27 *ibídem*, le autoriza al BEV “para establecer la Sección de Seguros y constituir el Fondo de Seguros de Depósitos e Hipotecas”, que se rige por el Reglamento para la organización y funcionamiento de la Sección Seguros del Banco Ecuatoriano de la Vivienda al que antes se hizo referencia, aprobado por la Superintendencia de Bancos en mayo del año 2000, esto es con posterioridad a la expedición de la Ley General de Seguros.

Las finalidades del Fondo de Seguros del BEV, según el artículo 3 del citado Reglamento para la Organización y Funcionamiento de la Sección Seguros del BEV, son garantizar al BEV, la total recuperación del saldo de la obligación adeudada; y, cancelar al BEV, las eventuales pérdidas ocasionadas por los riesgos cubiertos por las respectivas pólizas de seguros, que según el artículo 4 del citado Reglamento para la organización y funcionamiento de la Sección Seguros del Banco Ecuatoriano de la Vivienda, ese Banco contrate con una compañía de seguros debidamente establecida en el Ecuador y autorizada por la Superintendencia de Bancos y Seguros.

Las normas del Reglamento para la Organización y Funcionamiento de la Sección Seguros del BEV, no disponen que esa institución financiera pública opere en el área de seguros, para la que no está autorizada de conformidad con el artículo 33 de la Ley General del Seguros, por ello expresamente se ha previsto en el artículo 4 del citado Reglamento, que las pólizas de seguro que garanticen la recuperación de los recursos concedidos en préstamo por ese Banco, se contraten con compañías de seguros.

Del análisis jurídico que precede se concluye que el Banco Ecuatoriano de la Vivienda sí está facultado por los artículos 5 letra e) y 27 de su Ley rectora,

para constituir el fondo de seguros de depósitos e hipotecas, que garanticen los préstamos que se otorguen con recursos del BEV para la construcción, adquisición o mejora de inmuebles. El establecimiento del Fondo de Seguros no implica que el BEV efectúe operaciones de seguros o asuma directa o indirectamente dichas operaciones, pues de conformidad con el artículo 4 del Reglamento para la Organización y Funcionamiento de la Sección Seguros del Banco Ecuatoriano de la Vivienda, la contratación de las pólizas se debe efectuar a través del Banco, con una compañía de seguros autorizada por la Superintendencia de Bancos y Seguros.

2. Conforme se analizó al atender su primera consulta, el informe jurídico del consultante, contenido en memorando No. BEV-SBJ-2011-M-245 de 7 de febrero de 2011, concluye que el Banco Ecuatoriano de la Vivienda, debería proceder con la liquidación del Fondo Común de Seguros, pues considera que esa institución financiera no está autorizada a operar en el área de seguros, desde la promulgación de la Ley General de Seguros.

Por su parte, la Superintendencia de Bancos y Seguros, en oficio No. SBS-INJ-SAL-2011-317 de 5 de abril de 2011, al que también se hizo referencia al atender su primera consulta, considera que la Ley General de Seguros no reformó las disposiciones de la Codificación de la Ley sobre el Banco Ecuatoriano de la Vivienda y el Reglamento para la Organización y Funcionamiento de la Sección Seguros del BEV, y que por tanto, el BEV se encuentra facultado para operar el seguro de depósitos a través del Fondo de la Sección de Seguros, “mediante la contratación de pólizas de seguros emitidas por empresas legalmente autorizadas”.

Según se concluyó al absolver su primera consulta, el artículo 4 del “Reglamento para la Organización y Funcionamiento de la Sección de Seguros del Banco Ecuatoriano de la Vivienda”, autoriza a esa institución financiera a efectuar la contratación de las pólizas de seguros que afiancen la recuperación de los recursos públicos que se conceden como préstamos para fines de vivienda, con una compañía de seguros debidamente establecida en el Ecuador y autorizada por la Superintendencia de Bancos y Seguros.

Por tanto, si bien no corresponde al BEV operar seguros, pues no es una institución que integre el sistema de seguros, sin embargo, el BEV está expresamente autorizado por los artículos 5, letra e) y 27 de su Ley Rectora, para constituir el

Fondo de Seguros de Depósitos e Hipotecas, que se rige por el Reglamento para la Organización y Funcionamiento de la Sección Seguros del Banco Ecuatoriano de la Vivienda”, cuyo artículo 4 autoriza la contratación de las pólizas con una compañía de seguros.

Sin embargo, siendo esta una facultad, de ser conveniente a los interés del Banco Ecuatoriano de la Vivienda, liquidar el Fondo Común de Seguros, en atención a los términos de su segunda consulta se concluye que la liquidación del Fondo de Seguros del Banco Ecuatoriano de la Vivienda, se deberá efectuar conforme a las observaciones que al efecto ha formulado la Superintendencia de Bancos y Seguros (constantes en el memorando No SBS-INJ-SAL-2006-00248 de 13 de abril de 2006 y en el oficio No. SBS-INJ-SAL-2011-317 de 5 de abril de 2011, que contienen el criterio de la Superintendencia respecto de las consultas atendidas en este pronunciamiento), una vez que se extingan las obligaciones que dicho fondo respalda, que son los recursos concedidos en préstamos hipotecarios para fines de vivienda, pues aquello constituye la finalidad del Fondo, de conformidad con el artículo 3 del Reglamento para la Organización y Funcionamiento de la Sección Seguros del BEV, cuyo establecimiento dispone el artículo 27 de la Ley del Banco Ecuatoriano de la Vivienda.

OF. PGE. N°: 01904. de 20-05-2011

SERVICIOS PROFESIONALES: CONTRATACIÓN DE INSTRUCTORES

ENTIDAD CONSULTANTE: SERVICIO ECUATORIANO DE CAPACITACIÓN PROFESIONAL, SECAP

CONSULTAS:

1. “¿Podría mantenerse la figura contractual de servicios profesionales para la contratación de instructores del SECAP, que no mantienen relación laboral directa con la institución, pero al amparo de las disposiciones del Código Civil?”.
2. “La contratación de los servicios profesionales de instructores, constituye un servicio sujeto a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública LOSNCP, su Reglamento General y Resoluciones del Instituto Nacional de Contratación Pública INCOP, siendo como es el SECAP una institución del sector público, tal es así que habría que establecer un procedimiento de servicio no normalizado, coordinando con la planificación de los procesos de forma anual, a fin de evitar la subdivisión de cuantía y de procesos?”.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 6, 48 lit. k) y 117.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Art. 1.

Código Civil Arts. 1941 2022.

Reglamento de la LOSCCA Art. 23 (derogado).

PRONUNCIAMIENTOS:

1. En la comunicación de consulta se expone que la misión del SECAP es formar, capacitar, perfeccionar, certificar y titular al talento humano para el trabajo en los diferentes sectores productivos; y, que para ello, requiere contratar instructores y formadores.

Agrega la consulta que los cursos de capacitación en su mayoría, están organizados por módulos de cuarenta y cinco horas cada uno; y, que para cada módulo se contrataba un instructor de acuerdo al curso y complejidad, sobre la base del artículo 23 del Reglamento de aplicación de la derogada Ley Orgánica de Servicio civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones de los Servidores Públicos, que regulaba la suscripción de contratos civiles.

Propone a manera de ejemplos, la capacitación para ayudante de mecánica, en tres módulos: mecánica I, mecánica II, y electromecánica; y, el curso para asistente de hogar con los siguientes módulos: cocina nacional, organización del hogar; y, cuidado de niños y adultos.

La consulta que ha sido suscrita en forma conjunta con la señora Asesora Jurídica del SECAP, expone que la vigente Ley Orgánica del Servicio Público no contempla ninguna disposición que regule el contrato civil de servicios profesionales, pero que dicha figura consta en el artículo 2022 del Código Civil; cita también la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, como cuerpo normativo que regula los procedimientos para la contratación de servicios; sin embargo, no consigna criterio jurídico alguno.

Con tales antecedentes, para analizar su consulta se considera que de conformidad con el artículo 1 de su Decreto de Creación, el Servicio Ecuatoriano de Capacitación Profesional - SECAP – es una persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa y financiera, con patrimonio y fondos propios, especializada y técnica, adscrita al Ministerio de Trabajo y Bienestar Social, actual Ministerio de Relaciones Laborales.

El artículo 2022 del Código Civil que se ha citado en la consulta, dispone que los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato. El arrendamiento de servicios inmateriales está regulado por los artículos 1941 y siguientes del mismo Código Civil.

Por su parte, la Disposición General Primera de la derogada Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones de los Servidores Públicos (LOSCCA), preveía la contratación individual de personas para la prestación de servicios, sin relación de dependencia, estableciendo que en tal caso los valores a pagar no podrían ser superiores a los fijados para los cargos de nivel profesional de la escala respectiva. Sobre dicha base, el artículo 23 del Reglamento a la derogada LOSCCA, dispuso:

“Art. 23.- Contratos de servicios profesionales con personas naturales.- La autoridad nominadora podrá suscribir contratos civiles de servicios profesionales con personas naturales sin relación de dependencia, siempre y cuando la UARH justifique que la labor a ser desarrollada, no puede ser ejecutada por personal de su propia entidad u organización; que existan recursos económicos disponibles en una partida especial aprobada para tales efectos, y no implique aumento en la masa salarial aprobada.

Los honorarios a pagarse mensualmente en los contratos de servicios profesionales, no podrán exceder a la remuneración para los puestos de nivel profesional de la Escala Nacional de Remuneraciones Mensuales Unificadas”.

Sobre dicha base normativa, la extinguida SENRES, actual Ministerio de Relaciones Laborales, expidió la Resolución No. 100, publicada en el Registro Oficial No. 164 de 13 de diciembre de 2005, que contiene las normas que regulan el pago de honorarios a servidores del sector público que por sus conocimientos y experiencia sean llamados a participar como organizadores, profesores, instructores o facilitadores en eventos de capacitación.

La vigente Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), derogó en forma expresa a la LOSCCA, así como a “toda disposición legal que se oponga a lo establecido por la presente Ley”; pero no derogó en forma expresa al Reglamento a la LOSCCA, por lo que es necesario determinar si el artículo 23 de dicho Reglamento, que

regula los contratos civiles de servicios profesionales, se opone o no a la ley vigente (LOSEP).

En varias normas, la Ley Orgánica del Servicio Público se refiere en forma expresa a los “contratos civiles de servicios profesionales sujetos a esta Ley”; cito a manera de ejemplo, el artículo 6 de la LOSEP, que prohíbe el nepotismo, cuyo tercer inciso impide la renovación, entre otros, de los contratos civiles de servicios profesionales de personas que al momento de la posesión de la autoridad nominadora, estuvieran comprendidas en la inhabilidad proveniente de su relación de parentesco, matrimonio o unión de hecho. Así mismo, la letra k), del artículo 48 de la LOSEP incluye como causal de destitución: “k) Suscribir y otorgar contratos civiles de servicios profesionales contraviniendo disposiciones expresas de esta Ley y su reglamento”.

Sin embargo, el Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Público no ha sido aún expedido, de manera que pese a la previsión legal, no se ha determinado aún, el procedimiento aplicable por las instituciones públicas sujetas al ámbito de aplicación de esa Ley, para la celebración de contratos civiles de prestación de servicios profesionales sin relación de dependencia; no obstante, dicho procedimiento está previsto en el citado artículo 23 del Reglamento de aplicación de la derogada LOSCCA.

Del análisis que precede se desprende que el artículo 23 del Reglamento de aplicación de la derogada LOSCCA, regula en forma expresa el procedimiento que las instituciones del sector público deben observar para la suscripción de contratos civiles de servicios profesionales con personas naturales; y, que dicha norma reglamentaria no fue derogada en forma expresa ni tácita por la LOSCCA, pues su texto y tenor no se opone y por el contrario, guarda concordancia con la vigente Ley Orgánica del Servicio Público, cuyos artículos 6 y 48 letra k) incluyen en forma expresa a los contratos civiles de servicios profesionales en su ámbito de aplicación.

En consecuencia, con respecto a su primera consulta se concluye que para la contratación de instructores, el SECAP puede mantener la figura de contratos civiles de servicios profesionales, sin relación de dependencia, al amparo de la vigente Ley Orgánica del Servicio Público; y el artículo 23 del Reglamento a la derogada LOSCCA, norma ésta última aplicable hasta que se expida el Reglamento a la LOSEP.

Al efecto se considerará que de conformidad con el artículo 105 de la Ley Orgánica del Servicio Público, el respectivo contrato que fije la remuneración, no podrá ser aplicable si no existe la partida presupuestaria con la disponibilidad efectiva de fondos; y, que según lo prevé el segundo inciso del artículo 117 de la misma Ley, el SECAP podría requerir la colaboración de servidores públicos de otras instituciones, para que participen en programas de capacitación como instructores, siempre que existan disponibilidades presupuestarias y las labores se realicen fuera de la jornada ordinaria de trabajo.

Se deberá tener en cuenta además que la celebración de contratos civiles de servicios profesionales procede siempre que no exista personal de la entidad que pueda desarrollar los cursos de capacitación, y que los honorarios a pagar mensualmente en dichos contratos, no podrán exceder a la remuneración para los puestos del respectivo nivel profesional, conforme lo dispone el citado artículo 23 del Reglamento a la derogada LOSCCA, debiéndose observar en cuanto sea aplicable la Resolución No. 100 de la extinguida SENRES, actual Ministerio de Relaciones Laborales, publicada en el Registro Oficial No. 164 de 13 de diciembre de 2005, que contiene las normas que regulan el pago de honorarios a servidores del sector público que por sus conocimientos y experiencia sean llamados a participar como organizadores, profesores, instructores o facilitadores en eventos de capacitación.

2. De conformidad con el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, están sujetos al ámbito de aplicación de esa ley, los procedimientos de contratación que tengan por objeto la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría que requieran celebrar las instituciones del sector público, conforme las disposiciones analizadas al atender su primera consulta.

En consecuencia, en armonía con lo analizado al atender su primera consulta, se concluye que si los contratos civiles de prestación de servicios están sujetos al ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Servicio Público, a dichos contratos no les son aplicables las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento y las Resoluciones del INCOP.

OF. PGE. N°: 00942 de 18-03-2011

SERVIDORES JUDICIALES: RÉGIMEN ADMINISTRATIVO -RETIRO OBLIGATORIO-

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO DE LA JUDICATURA

CONSULTA:

“Es aplicable para las servidoras y servidores de la Función Judicial, el inciso final del Art. 81 de la Ley Orgánica de Servicio Público, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 06 de octubre de 2010, que contempla la obligación de retirarse del servicio público”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 3, 11, 170, 181 y 229.

Ley Orgánica de Servicio Público Arts. 3 num 4, 81, 83 lit. d).

Código Orgánico de la Función Judicial Arts. 42, 43 y 120.

PRONUNCIAMIENTO:

En la comunicación de consulta usted expone: “El pleno del Consejo de la Judicatura tiene duda sobre la aplicación de la referida disposición normativa, en tanto que, el Art. 3 de la Ley Orgánica de Servicio Público excluye a los servidores de las carreras judiciales de la Ley de Servicio Público, respecto de quienes señala que se registrarán en lo previsto en sus leyes específicas y subsidiariamente por esta Ley; si los servidores judiciales de carrera están garantizados en su estabilidad por el artículo 170 de la Constitución de la República, el inciso final del artículo 81 ibidem no podría ser aplicado dentro de la Función Judicial, pues dicho artículo estará en contra de norma Constitucional; más, según el Art. 3 de la Constitución de la República, entre otros deberes primordiales del Estado, consta el de, garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos humanos; y, según el Art. 11 de la misma Constitución, que habla de los principios, que en la actualidad rigen los valores, las normas, expresa que, el ejercicio de los derechos se rigen por los principios, entre otros, que: ‘Todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de...edad...’”.

A la consulta se ha acompañado copia certificada de dos informes jurídicos, contenidos en memorando No. 1756-2010-DNAJ-CJ-DAG de 10 de noviembre de 2010, suscrito por el Dr. Fabián Zurita en su calidad de Director Nacional de Asesoría Jurídica Encargado; y, memorando No. 1764-2010-DNAJ-CJ-DAG de

15 de noviembre de 2010, firmado por el Dr. Darwin Aguilar, Director Nacional de Asesoría Jurídica, Encargado.

Los dos informes jurídicos, invocan entre otras normas, los artículos 3 y 83 letra d) de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), y el artículo 120 del Código Orgánico de la Función Judicial, que determina los casos en que los servidores judiciales cesan en el cargo y dejan de pertenecer a la Función Judicial. Sobre dicha base, coinciden en manifestar que: “a los servidores judiciales que han cumplido setenta años, no les sería aplicable la obligación para retirarse del servicio público y cesar en su puesto, prevista en el inciso final del Art. 81 de la Ley Orgánica de Servicio Público...”.

En dichos informes se manifiesta que el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, prevé que el personal de carrera judicial se regirá por sus leyes específicas y subsidiariamente por la LOSEP en lo que fuere aplicable; que la letra d) del artículo 83 de la Ley Orgánica del Servicio Público, excluye de la carrera del servicio público a los servidores en todas sus clasificaciones que pertenecen a la Carrera Judicial y que el inciso final del artículo 83 de la misma Ley, dispone que: “Lo establecido en los capítulos 2 y 3 del Título II de ésta Ley será de observancia obligatoria bajo todos los regímenes previstos en la misma”.

Finalmente se argumenta que de conformidad con el inciso final del artículo 83 de la LOSEP, únicamente son aplicables a los servidores judiciales, los capítulos 2 y 3 del Título II de la Ley Orgánica del Servicio Público, que regulan el nepotismo, inhabilidades y prohibiciones para el ejercicio de un cargo público; y, sobre dicha base se concluye que “a los servidores judiciales que han cumplido setenta años, no les sería aplicable la obligación para retirarse del servicio público y cesar en su puesto, prevista en el inciso final del Art. 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público...”.

El artículo 229 de la Constitución de la República dispone que: “Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público”.

El artículo 42 del Código Orgánico de la Función Judicial, clasifica a los servidores de la Función Judicial en distintas carreras y en su parte pertinente, establece:

“Art. 42.- CARRERAS DE LA FUNCION JUDICIAL.- Las servidoras y servidores de la Función Judicial pertenecen a la carrera judicial, de acuerdo a la siguiente clasificación:

1. Quienes prestan sus servicios como juezas y jueces pertenecen a la carrera judicial jurisdiccional;
2. Las demás servidoras y servidores judiciales pertenecen a la carrera judicial administrativa;...

...Cuando una servidora o servidor que pertenece a una carrera administrativa ingrese a las carreras judicial jurisdiccional, fiscal o de la defensoría, tendrá derecho a que se le reconozca el tiempo que haya prestado servicios como servidora o servidor de carrera administrativa, de manera que se cuente ese tiempo como años de ejercicio profesional desde la obtención de su título profesional.

Las vocales y los vocales del Consejo de la Judicatura y sus suplentes, las juezas y los jueces de la Corte Nacional de Justicia y las conjuetas y conjuetes, la Fiscal o el Fiscal General del Estado, la Defensora Pública o el Defensor Público General, las notarias y notarios y quienes prestan sus servicios en las notarias, así como las servidoras y servidores que desempeñan labores en que prima el esfuerzo físico sobre el intelectual, no pertenecen a ninguna de estas carreras”. En concordancia, el segundo inciso del artículo 43 del mismo Código Orgánico, prevé que: “La Carrera Administrativa que comprende a todas las servidoras y servidores que colaboran con los diversos órganos de la Función Judicial y que no desempeñan funciones como jueces, fiscales o defensores públicos, están sujetos a este Código y subsidiariamente a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa...”.

De las normas citadas se desprende que si bien todas las personas que prestan servicios en la Función Judicial son “servidores públicos” en la forma que lo prescribe el artículo 229 de la Constitución de la República, existen distintos tipos de carreras; y, en el caso de la Función Judicial, las carreras que amparan a los servidores judiciales, están definidas en el artículo 42 del Código Orgánico de la Función Judicial, y son: la carrera judicial jurisdiccional aplicable a quienes prestan sus servicios como jueces; y, la carrera judicial administrativa, aplicable a los demás servidores judiciales.

En forma adicional es pertinente considerar en el análisis que, el Código Orgánico de la Función Judicial precedió a la Constitución de la República, que fue aprobada con posterioridad a aquel.

La Ley a la que se remite en forma expresa el artículo 43 Código Orgánico de la Función Judicial, respecto de los servidores de carrera judicial administrativa, es la derogada Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones de los Servidores Públicos (LOSCCA), vigente al tiempo en que se promulgó el Código Orgánico de la Función Judicial, y derogada por la Ley Orgánica del Servicio Público, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 06 de octubre de 2010.

Los informes jurídicos que se han acompañado a la consulta, citan el tercer párrafo posterior al numeral 4 del artículo 3 de la LOSEP, que respecto del personal de carrera judicial se remite a sus leyes específicas; sin embargo, no se ha considerado que el numeral 1 del mismo artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, establece que las disposiciones de esa Ley “son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública, que comprende: 1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial y Justicia Indígena, Electoral, Transparencia y Control Social, Procuraduría General del Estado y la Corte Constitucional”.

El tercer párrafo posterior al numeral 4 del citado artículo 3 de la LOSEP, dispone además que, de conformidad con lo establecido en los artículos 170 y 181 numeral 3 de la Constitución de la República, el personal de carrera judicial se registrará “en lo previsto en dichas disposiciones por sus leyes específicas y subsidiariamente por esta ley en lo que fuere aplicable”.

El artículo 181 de la Constitución de la República, incluye entre las funciones del Consejo de la Judicatura, en el numeral 4, la de administrar la carrera y la profesionalización judicial, y organizar y gestionar escuelas de formación y capacitación judicial. El artículo 170 de la Constitución de la República dispone:

“Art. 170.- Para el ingreso a la Función Judicial se observarán los criterios de igualdad, equidad, probidad, oposición, méritos, publicidad, impugnación y participación ciudadana.

Se reconoce y garantiza la carrera judicial en la justicia ordinaria. Se garantizará la profesionalización mediante la formación continua y la evaluación periódica de las servidoras y servidores judiciales, como condiciones indispensables para la promoción y permanencia en la carrera judicial”.

De las normas hasta aquí citadas se desprende que la Ley Orgánica del Servicio Público, establece el marco general regulatorio aplicable a los servidores públicos, según la definición contenida en el artículo 229 de la Constitución de la República, que prevé 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 en el sector público; que la Función Judicial está incluida en el ámbito de aplicación de la LOSEP, según el numeral 1 del artículo 3 de esa Ley, que además fue expedida en forma posterior al Código Orgánico de la Función Judicial cuyo artículo 42 distingue a la carrera judicial jurisdiccional que ejercen los jueces, de la carrera judicial administrativa que ampara a los demás servidores judiciales, y respecto de la carrera judicial administrativa, el segundo inciso del artículo 43 de ese Código se remite en forma expresa a la derogada LOSCCA, sustituida por la vigente LOSEP.

Dentro de este contexto general, la letra d) del artículo 83 de la Ley Orgánica del Servicio Público, dispone lo siguiente:

“Art.- 83.- Servidoras y servidores públicos excluidos de la carrera del servicio público.- Exclúyase del sistema de la carrera del servicio público, a:

d) Las o los servidores en todas sus clasificaciones que pertenecen a la Carrera Judicial, los Fiscales que pertenecen a la Carrera Fiscal, los Defensores Públicos que pertenecen a la Carrera de la Defensoría, las vocales y los vocales del Consejo de la Judicatura y sus suplentes, las Juezas y Jueces de la Corte Nacional de Justicia, la Fiscal o el Fiscal General del Estado, la Defensora Pública General o el Defensor Público General, la Procuradora General del Estado o el Procurador General del Estado y la Contraloría General del Estado o el Contralor General del Estado, las Notarias y Notarios; y, quienes presten sus servicios en las notarias...

...Las servidoras y servidores comprendidos en los literales de este artículo, no estarán sujetos a los procesos de evaluación de desempeño determinados en esta Ley, respecto de lo cual aplicarán sus propias leyes, en donde se contemplarán sus procesos de evaluación.

Lo establecido en los capítulos 2 y 3 del Título II de esta ley será de observancia obligatoria bajo todos los regímenes previstos en la misma”.

Los capítulos 2 y 3 del Título II de la LOSEP, a los que se remite el inciso final del artículo 83 de esa ley, se refieren a las prohibiciones de nepotismo, pluriempleo, así como a las inhabilidades para el desempeño de cargos o dignidades en el sector público, que son normas de aplicación general para todos los servidores públicos.

El artículo 83 de la LOSEP, cuya parte pertinente se ha transcrito, excluye del “sistema de la carrera del servicio público” que regula esa Ley, a distintas clases de servidores públicos, como aquellos que ocupan cargos de libre remoción, o dignatarios de elección popular, que no están protegidos por ningún sistema de carrera; pero también excluye a servidores sujetos a carreras especiales como los miembros de la Fuerza Pública, del servicio exterior, docentes y los servidores judiciales, entre otros.

En el caso de servidores que pertenecen a carreras distintas a la del servicio público, reguladas por sus leyes específicas, no se podría concluir que quedan privados de la estabilidad determinada por el artículo 81 de la LOSEP, pues ello sería errado. Por la misma razón, tampoco se puede concluir, que a los servidores que pertenecen a carreras distintas a la del servicio público que regula la LOSEP, como los servidores judiciales, sólo les son aplicables las disposiciones de la LOSEP contenidas en los capítulos 2 y 3 de su Título II, pues ello excluiría la aplicación de otros títulos de esa ley, que también contienen normas generales, como por ejemplo el Título II que establece los deberes, derechos y prohibiciones aplicables a los servidores públicos, o el Título XI que regula las remuneraciones e ingresos complementarios, entre otros.

Es pertinente insistir en que el numeral 1 del artículo 3 de la LOSEP, ha incluido en forma expresa a la Función Judicial y por tanto a sus servidores en sus distintas clasificaciones, en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Servicio Público y que según el segundo inciso del artículo 43 del Código Orgánico de la Función Judicial antes citado, la carrera judicial administrativa comprende a los servidores que colaboran con los diversos órganos de la Función Judicial pero que no desempeñan funciones como jueces, fiscales o defensores públicos, respecto de los que el segundo inciso del artículo 43 de ese Código Orgánico se remite en forma expresa a la derogada LOSCCA, sustituida por la vigente LOSEP.

En consecuencia, los servidores judiciales que no pertenecen a la carrera judicial jurisdiccional sino a la carrera judicial administrativa, quedan sujetos al Código Orgánico de la Función Judicial y subsidiariamente, esto es en todo lo no previsto en el mismo, a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, actual Ley Orgánica del Servicio Público.

Su consulta trata sobre la aplicación del inciso final del artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que dispone:

“...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 final del artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, previamente citado es aplicable únicamente respecto de los servidores comprendidos dentro del sistema de la carrera del servicio público.

Por tanto, teniendo en cuenta la subsidiaridad prevista en forma expresa por el inciso segundo del artículo 43 del Código Orgánico de la Función Judicial, que se remite a la derogada LOSSCA sustituida por la vigente LOSEP, respecto de los servidores de carrera judicial administrativa exclusivamente, se concluye que si dicho Código Orgánico no ha regulado lo relacionado con la edad de retiro de los servidores judiciales, es aplicable en forma subsidiaria el artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, pero únicamente respecto de los servidores que pertenecen a la carrera judicial administrativa.

Del análisis jurídico que precede, en atención a los términos de su consulta se concluye que el inciso final del artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que establece 70 años de edad como límite para el retiro obligatorio del servicio público, sí es aplicable a los servidores de carrera judicial administrativa de la Función Judicial, de conformidad con el numeral 1 del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público y el inciso segundo del artículo 43 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Los jueces, en las distintas materias y grados, son servidores judiciales que ejercen funciones jurisdiccionales y por tanto no pertenecen a la carrera judicial administrativa, lo que determina que estén excluidos de la carrera del servicio

público de conformidad con la letra d) del artículo 83 de la Ley Orgánica del Servicio Público y el artículo 42 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo que no les es aplicable el inciso final del artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

No me pronuncio respecto de los alcances que, de acuerdo con su consulta, usted le da a lo dispuesto en el Art. 170 de la Constitución de la República, por no ser de mi competencia la interpretación de las normas constitucionales, facultad privativa de la Corte Constitucional.

OF. PGE. N°: 01446, de 19-04-2011

TERMINACIÓN UNILATERAL Y POR MUTUO ACUERDO: PROCEDIMIENTO

ENTIDAD CONSULTANTE: FLOTA PETROLERA ECUATORIANA, FLOPEC

CONSULTA:

“Cuando en la ejecución de un contrato se originan circunstancias de orden económico imprevistas, y la contratista solicita la terminación del contrato, debe o no demandar su resolución en consideración de lo señalado en el Art. 96 numeral 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), o si comprobada la existencia de esta causal por la entidad contratante puede acceder a terminar por mutuo acuerdo conforme a lo señalado en el artículo 93 de esta ley”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 85 num. 2.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Arts. 92 num. 3, 93, 95 y 96 num. 4; y, 146 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

La consulta expone como antecedente que, el 25 de julio de 2007 FLOPEC firmó el Convenio de Alianza Estratégica No. 2007207 con Petroecuador. Según la cláusula segunda de dicho Convenio, su objeto fue estipulado en los siguientes términos:

“FLOPEC Y PETROECUADOR, por el presente Convenio constituyen una Alianza Estratégica para la “Construcción del Sistema de Almacenamiento de GLP en

Tierra en Monteverde y Obras Complementarias”, encaminada a que FLOPEC construya y opere el Terminal Marítimo y Terminal de Almacenamiento de GLP en Monteverde, Provincia del Guayas y que PETROECUADOR construya y opere el Gasoducto La Libertad-Pascuales y Terminal de Almacenamiento y Despacho de Pascuales”.

Añade la consulta que, en noviembre del año 2008, se firmó entre las partes un Convenio Ampliatorio del Convenio de Alianza Estratégica No. 2007207, por el cual FLOPEC se comprometió con Petroecuador, a suministrar por el plazo de 20 años, todo el déficit de demanda de GLP no producido en las plantas industriales de Petroecuador, a partir de noviembre de 2009, debiendo fijarse el precio de entrega del producto en la forma estipulada en ese Convenio, y suscribirse cada dos años los respectivos contratos de provisión de GLP en forma directa, por ser dos empresas estatales, conforme consta en la cláusula segunda del convenio ampliatorio.

Agrega FLOPEC que, a fin de cumplir los compromisos asumidos en el Convenio de Alianza Estratégica, se convocó una subasta inversa electrónica y el 16 de julio de 2009, se firmó un contrato de compra venta de GLP con la Empresa Trafigura.

Según la cláusula cuarta del referido contrato de compra venta de GLP suscrito entre FLOPEC y TRAFIGURA, “La Contratista se obliga para con la Contratante a la provisión de Gas Licuado de Petróleo (GLP), cumpliendo con la totalidad de las especificaciones técnicas, términos y condiciones del presente instrumento”.

La cláusula sexta del mismo contrato, estipula que “Durante la vigencia del contrato, la Contratista entregará al Contratante una cantidad de 1’300.000 TM de Gas Licuado de Petróleo, con una variación de hasta el 20% e más o en menos, a opción de la Contratante, de conformidad con los programas mensuales que se comunicarán oportunamente”.

La cláusula Quinta del citado contrato, prevé que su plazo será de “dieciocho (18 meses), a partir del 1 de noviembre de 2009, hasta el 30 de abril del 2011, o hasta la entrega de 1’300.000 TM de GLP +- 20%, quedando a potestad de la Contratante dicha decisión, según los intereses de la institución. Esta decisión será comunicada sesenta (60) días antes del término del Contrato”.

Conforme se desprende de las cláusulas transcritas, en la cláusula cuarta del contrato de compra venta de GLP, consta que la contratista se obliga para con la contratante a la provisión de GLP; en la cláusula quinta se ha estipulado el plazo del contrato, en 18 meses, a partir del 1 de noviembre de 2009 “hasta el 30 de abril del 2011, o hasta la entrega de 1’300.000 TM de GLP + -20%, quedando a potestad de la Contratante dicha decisión, según los intereses de la institución...” La cláusula sexta, reitera que durante la vigencia del contrato, la contratista entregará al contratante una cantidad de 1’300.000 TM de GLP con una variación de hasta el 20% en más o en menos, a opción de la contratante.

El precio y la forma de pago, se han estipulado en las cláusulas novena y décima respectivamente. El numeral 9.01 ha establecido la forma de determinar el precio unitario por tonelada métrica de GLP entregado.

En la consulta se expone que mediante oficio GGR-07-2011 de 13 de enero de 2011, FLOPEC comunicó a la Empresa Trafigura, “la decisión de que el contrato para la provisión de GLP firmado el 16 de julio de 2009 finalice una vez que concluya el suministro del volumen contratado, con un adicional del 20%”; y, que mediante oficios de 17 y 19 de enero de 2011, la contratista Trafigura ha manifestado su voluntad de dar por terminado el contrato por mutuo acuerdo de conformidad con la cláusula 31.04 literal c) del contrato firmado entre las partes, debido a circunstancias de carácter económico imprevistas, para finalmente establecer como fecha de terminación el 30 de abril de 2011, fecha de vencimiento del plazo contractual.

Concluye la consulta manifestando que: “Si bien la Compañía TRAFIGURA, presenta en su comunicación los argumentos con motivaciones de carácter internacional que originan las circunstancias económicas imprevistas, enmarcándole en el numeral 31.04, esta causal solo puede dar origen a que la empresa TRAFIGURA demande la resolución del contrato, finalidad con la cual debe proceder conforme a lo señalado en la cláusula vigésima y vigésima primera del contrato mediante procedimiento arbitral”; y que, “La compañía contratista por su parte ha manifestado que suscitada la causal señalada en el Art. 31.04 literal c) del contrato, no procede ningún tipo de demanda, posición jurídica que no es aceptada por FLOPEC”.

En la comunicación de 17 de enero de 2011, cuya copia se ha acompañado a la consulta, la contratista argumenta que han existido “alteraciones extraordinarias

y graves en los mercados internacionales de GLP que produjeron incrementos sustanciales en el precio de adquisición del producto, hecho que en la práctica resultó en enormes pérdidas que nuestra compañía ha debido afrontar para cubrir la provisión del producto en cumplimiento del mencionado contrato”. La contratista argumenta que existe “una excesiva onerosidad superveniente” en la relación contractual y sobre dicha base solicita la terminación del contrato por mutuo acuerdo.

El informe jurídico, contenido en memorando No. GGR-AL-131-2011 de 7 de abril de 2011, expone que la solicitud de TRAFIGURA se ha fundamentado en la cláusula 31.04 letra c) del contrato para la provisión de GLP suscrito con FLOPEC, que determina que la contratista podrá demandar la resolución del contrato cuando se den circunstancias técnicas o económicas imprevistas de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, cláusula que concuerda con el numeral 4 del artículo 96 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

El numeral 31.02 de la cláusula trigésimo primera del contrato de provisión de GLP, prevé la terminación por mutuo acuerdo en los siguientes términos:

“Cuando por circunstancias imprevistas, 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”.

Agrega el informe que la única opción para que se pueda terminar la relación contractual por mutuo acuerdo, conforme a la cláusula 31.02 del contrato, y el artículo 93 de la Ley, es cuando la causa invocada por la contratista es aceptada por la contratante, y esto solamente puede suscitarse, “cuando por circunstancias técnicas o económicas no fuere posible o conveniente para los intereses de las partes, ejecutar total o parcialmente el contrato”.

El numeral 31.04 de la cláusula trigésimo primera del contrato de provisión de GLP, estipula la terminación por causas imputables a la entidad contratante, con el siguiente tenor:

“La contratista podrá demandar la resolución del contrato, por las siguientes causas imputables a la Entidad Contratante:

...c. Cuando, antes circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, la Contratante no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato”.

Concluye el informe manifestando que: “FLOPEC definitivamente no puede aceptar la terminación del contrato por mutuo acuerdo, porque no existe amparo legal ni contractual, al no ser conveniente para FLOPEC, por lo que necesariamente TRAFIGURA tiene que demandar la resolución del contrato, conforme a lo señalado en la cláusula 31.04, y Art. 93 de la LOSNCP, debiendo cumplir con su obligación de continuar suministrando el GLP, hasta la emisión del laudo arbitral...”.

El citado informe, en su acápite 4, añade que, al no haber aceptación de FLOPEC, si TRAFIGURA deja de suministrar GLP, se deberá aplicar la cláusula 31.03 del contrato, sobre terminación unilateral por incumplimiento de la contratista, debiendo para ese fin proceder conforme a lo dispuesto por el artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sin perjuicio de ejecutar la garantía de fiel cumplimiento, suspender los pagos pendientes e iniciar el correspondiente juicio demandando la indemnización de los daños y perjuicios causados a FLOPEC.

De la consulta y del informe jurídico acompañado a la misma, no consta que FLOPEC haya contestado a los oficios de TRAFIGURA de 17 y 19 de enero de 2011, mediante los cuales manifestó su voluntad de acogerse a lo dispuesto en el numeral 31.04 letra c) del Contrato de Provisión de GLP.

A fin de atender su consulta, debe tomarse en cuenta que el contrato de compra venta (provisión o suministro) de gas licuado de petróleo (GLP), suscrito el 16 de julio de 2009 entre FLOPEC y Trafigura, se celebró con sujeción a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pues según se refiere tanto en la consulta como en el informe jurídico fue el resultado de un procedimiento de subasta inversa.

Las cláusulas cuarta y sexta del contrato, estipulan que es obligación de la contratista la provisión de GLP, previéndose una cantidad de 1'300.000 TM, “con una variación de hasta el 20% en más o en menos, a opción de la Contratante”.

La cláusula sexta del contrato reitera que, durante la vigencia del contrato, la Contratista entregará al Contratante una cantidad de 1'300.000 TM de Gas

Licudo de Petróleo, “con una variación de hasta el 20% en más o en menos, a opción de la Contratante”.

El plazo del contrato, según la cláusula quinta es de 18 meses a partir del 1 de noviembre de 2009 hasta el 30 de abril de 2011, o hasta la entrega de 1'300.000 TM de GLP + - 20%, quedando a potestad de la contratante dicha decisión.

La potestad u opción de la contratante, a la que se refieren las cláusulas quinta y sexta del contrato de provisión de GLP, fue manifestada por FLOPEC a TRAFIGURA mediante oficio GGR-07-2011 de 13 de enero de 2011.

La cláusula octava, numeral 8.02, establece como obligación de la contratista “...mantener un stock mínimo de seguridad permanente de Propano, Butano y GLP de 11.000 TM a bordo del Buque de Almacenamiento Flotante, Buques reabastecedores que se encuentren en el fondeadero del depósito Comercial Aduanero y en los Buques Alijadores con el fin de garantizar el suministro interno”.

La cláusula novena, estipula el precio, en los siguientes términos:

“9.01. El precio unitario por TM de GLP entregado, será determinado en base a los promedios entre los precios altos y bajos de los productos Propano/Butano con un porcentaje de mezcla 70/30, publicados los días viernes de cada semana por el Platt's LPGswire, bajo la denominación USNon-LDH Mt Belvieu-Base USD\$ por TM, y válidos para la fecha de finalización de cada entrega semanal en el Terminal de Tres Bocas, más un diferencial de USD\$ 73/TM, determinado a la finalización del proceso de subasta inversa”.

Con respecto a las causas de terminación del contrato, la cláusula trigésima primera ha estipulado las siguientes: a. Por “incumplimiento” de las obligaciones contractuales (sic); b. Por mutuo acuerdo de las partes, c. Por sentencia o laudo ejecutoriado que declare la nulidad del contrato o la resolución del mismo a pedido de la contratista, d. Por declaración unilateral de la Contratante, en caso de incumplimiento de la contratista, y; e. Por muerte de la contratista o por disolución de la persona jurídica contratista.

El numeral 1 del artículo 92 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece como causa de terminación del contrato, el cumplimiento de las obligaciones contractuales; mientras que el incumplimiento

del contratista, constituye causa de terminación unilateral, de conformidad con el numeral 1 del artículo 94 de la misma Ley.

El numeral 31.02 de la cláusula trigésimo primera del contrato, prevé la terminación por mutuo acuerdo en los siguientes términos: “cuando por circunstancias imprevistas, 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”. Estipulación que guarda armonía con la disposición del artículo 93 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En virtud de la prevalencia del interés general sobre el particular, establecida por el numeral 2 del artículo 85 de la Constitución de la República, que constituye además un principio general del Derecho, es prerrogativa de la Administración modificar unilateralmente las obligaciones del contratista durante la ejecución del contrato, aumentándolas o disminuyéndolas, en virtud de la oportunidad o conveniencia del interés general. Evidentemente, tales modificaciones deben ser razonables y la Administración Pública está obligada a mantener el equilibrio económico del contrato. En el caso del contrato materia de análisis, la prerrogativa de la entidad pública contratante, de modificar en más o menos la cantidad del GLP a ser suministrado por la contratista, ha sido expresamente estipulada en la cláusula quinta del contrato, antes transcrita, que confiere a la entidad contratante competencia para decidir una variación hasta el 20% en más o menos de la cantidad de GLP a ser proveído por la contratista. Al existir dicha estipulación expresa del contrato materia de la consulta, constituye una obligación para la contratista, cuyo incumplimiento efectivamente da lugar a la terminación unilateral del contrato, de conformidad con el numeral 1 del artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y la letra a) del numeral 31.03 de la cláusula trigésimo primera del contrato que sustenta la consulta.

Según se desprende de la comunicación de la contratista, su objeción a ejecutar la opción adoptada por la entidad contratante conforme a lo estipulado en las cláusulas quinta y sexta del contrato, no se sustenta en una imposibilidad de proveer el GLP, sino en los costos que aquello implica, por el incremento de precios motivado en variaciones en el mercado, que según afirma la contratista, no dependen de su voluntad ni son de su responsabilidad, y que habrían generado “una excesiva onerosidad superveniente” en la relación contractual.

Sobre el particular, conviene reiterar que la cláusula novena del contrato, al fijar el precio unitario de la tonelada métrica (TM) de GLP lo hace en función de los precios internacionales promedios bajo y alto de los productos Propano/Butano, fijados por un ente especializado internacional, como es Platt's LPGaswire, adicionándose un diferencial de setenta y tres dólares por tonelada métrica, de acuerdo a lo determinado en el proceso de subasta inversa electrónica.

Las variaciones de precios en los mercados de combustibles podrían considerarse como situaciones imprevistas de naturaleza económica, que motivarían una eventual terminación de un contrato por mutuo acuerdo; sin embargo, la determinación de una circunstancia imprevista que pueda dar lugar a la terminación por mutuo acuerdo debe ser calificada en forma motivada por la entidad contratante que, de conformidad con el artículo 93 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, debe verificar además que dicha terminación sea conveniente para los intereses institucionales, considerando la prevalencia del interés público en la continuidad de las prestaciones a las que el contratista está obligado en virtud del contrato.

La terminación por mutuo acuerdo se rige por el artículo 93 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que prevé en su segundo inciso que dicha terminación no implica renuncia a derechos causados o adquiridos a favor de la entidad contratante o del contratista.

El numeral 4 del artículo 96 de la misma Ley, prevé que: "El contratista podrá demandar la resolución del contrato, por las siguientes causas imputables a la entidad contratante: ...4. Cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, la Entidad Contratante no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato". Dicha norma concuerda con el numeral 3 del artículo 92 de la citada Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que incluye entre las causas de terminación de los contratos, la sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución del mismo a pedido del contratista. La resolución de un contrato implica incumplimiento de las obligaciones derivadas de él, según la definición general contenida en el artículo 1505 del Código Civil.

Como antes se analizó, en el contrato administrativo, en el evento de incumplimiento de obligaciones del contratista, la entidad contratante tiene plena competencia y facultad para declarar la terminación unilateral del contrato, de conformidad con el numeral 1 del artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema

Nacional de Contratación Pública, observando el procedimiento establecido en el artículo 95 de la misma Ley.

La potestad de terminar unilateralmente el contrato, reconocida por la ley, es exclusiva de la Administración Pública, mientras que corresponde al contratista solicitar ante órgano judicial la resolución del contrato, según el numeral 3 del artículo 92 de la citada Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su artículo 96 numeral 4 de la misma Ley, en el evento que existiere incumplimiento de obligaciones por parte de la entidad contratante, así como en el caso que la entidad contratante no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato, pese a la existencia de circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobadas.

De las normas citadas se desprende que en el ámbito de los contratos administrativos en general, y específicamente respecto de aquellos sujetos a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, como es el que motiva su consulta, la terminación unilateral es una potestad de la entidad contratante, conferida por el numeral 1 del artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Dicha potestad no se extiende al contratista, que en consecuencia no está jurídicamente habilitado para terminar unilateralmente el contrato, sino que de considerar que existen incumplimientos atribuibles a la entidad contratante, puede demandar la resolución ante órgano judicial, según lo establece el artículo 92 numeral 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Sobre esta materia, García de Enterría, explica que:

“La prerrogativa de poder público por excelencia con que la Administración cuenta en sus contratos administrativos es, sin duda ninguna, el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, previa al conocimiento judicial, que impone al contratista el deber de su cumplimiento inmediato con la carga de impugnación contencioso-administrativa si está disconforme con su legalidad ... En virtud de este formidable privilegio, la Administración puede decidir ejecutoriamente sobre: la perfección del contrato y su validez, la interpretación del contrato, la realización de las prestaciones debidas por el contratista (modo, tiempo, forma), la calificación de situaciones de incumplimiento, la imposición de sanciones contractuales en ese caso, la efectividad de éstas, la prórroga del contrato, la concurrencia de motivos objetivos de extinción del contrato, la recepción y aceptación de las prestaciones

contractuales, las eventuales responsabilidades del contratista durante el plazo de garantía, la liquidación del contrato, la apropiación o la devolución final de la fianza.

Inversamente, el contratista no sólo está vinculado por esas decisiones a reserva de recurso ex post contra las mismas (recursos a interponer por las vías propias del Derecho Administrativo, con plazos extraordinariamente fugaces y perentorios), sino que cuando pretenda que se produzca cualquiera de esos efectos, incluso cuando se trate de incumplimiento de la Administración, tiene la carga de solicitar de ésta la resolución pertinente”.

La existencia de circunstancias imprevistas, no constituye causa de resolución del contrato, sino cuando debidamente comprobadas la entidad contratante se hubiere negado inmotivadamente a terminar por mutuo acuerdo el contrato, según el numeral 4 del artículo 96 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. En tal caso, el contratista podrá solicitar la terminación del contrato por mutuo acuerdo y sólo frente a la negativa injustificada de la contratante, demandar la resolución del contrato, que como antes se concluyó es un modo de extinguir las obligaciones y terminar los contratos, cuando existe incumplimiento.

De lo expuesto, se concluye que cuando en la ejecución de un contrato se produzcan circunstancias imprevistas de orden económico y la contratista solicita la terminación por mutuo acuerdo del contrato, corresponde a la entidad contratante comprobar la existencia de dichos imprevistos y determinar si la terminación solicitada por el contratista es o no conveniente para los intereses públicos.

Por su parte, el numeral 4 del artículo 92 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y el numeral 4 del artículo 96 de la misma Ley, confieren al contratista la facultad de demandar la resolución del contrato, para el caso en que presentadas las circunstancias imprevistas durante su ejecución, y debidamente comprobadas, la entidad contratante se negare inmotivadamente a terminar el contrato por mutuo acuerdo.

En el caso específico del contrato suscrito entre FLOPEC y Trafigura, considerando la obligación de la contratista de proveer el GLP en las condiciones y precios contractuales, las comunicaciones enviadas por Trafigura evidencian el incumplimiento contractual de la empresa, pues está negándose a cumplir con la

provisión en los términos contratados, lo que da lugar a la terminación unilateral del contrato.

En tal virtud, corresponde a FLOPEC proceder a la terminación unilateral del contrato celebrado con Trafigura, mediante la emisión de la respectiva resolución motivada, cumpliendo con el procedimiento establecido en los artículos 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación pública, 146 de su Reglamento General de Aplicación, y la cláusula trigésima primera, numeral 31.03, del contrato.

La responsabilidad de determinar si hay circunstancias imprevistas que permitan la terminación de mutuo acuerdo de un contrato o la terminación unilateral por incumplimiento del contrato imputable al contratista, es de la entidad contratante.

OF. PGE. N°: 01765, de 12-05-2011

TÍTULOS ACADÉMICOS: COMPETENCIA PARA INSCRIPCIONES PENDIENTES DE REGISTRO CON EL EX CONESUP

ENTIDAD CONSULTANTE: SECRETARÍA NACIONAL DE EDUCACIÓN
SUPERIOR CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN, SENESCYT

CONSULTAS:

1. “¿La Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, SENESCYT, es competente para conocer y resolver los actos administrativos que no fueron resueltos por el extinguido CONESUP, referente a inscripciones de títulos, que por diferentes motivos no se han registrado en el ex CONESUP?”.
2. “¿El Consejo de Educación Superior, en cuanto a las atribuciones señaladas en la Sección Primera: del Consejo de Educación Superior, en sus artículos 166 y 169 de la Ley Orgánica de Educación Superior, es el organismo encargado de conocer y resolver los asuntos concernientes a actos administrativos no resueltos por el ex CONESUP?”.
3. “¿De conformidad con lo que establece el Art. 129 de la Ley Orgánica de Educación Superior, las instituciones extinguidas por mandato constituyente, están enmarcadas dentro de esta disposición?”.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica de Educación Superior Arts. 85 lit. a), 86, 129, 130, 166, 169, 182, 183, Derogatoria Primera y Disp. Segunda del Régimen de Transición.

Mandato Constituyente N° 1 Art. 2.

Mandato Constituyente N° 14 Disps. Trans. Segunda y Tercera.

D. E. N° 517 Arts. 2 y 3.

D. E. N° 1829 Art. 7.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. Con relación a esta consulta, el criterio jurídico institucional de la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, contenido en el memorando No. SENESCYT- CGAJ- 0059- 2011 de 13 de mayo de 2011, suscrito por el Coordinador General de Asesoría Jurídica, manifiesta: “Toda vez que la Ley Orgánica de Educación Superior establece claramente que las competencias de la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia Tecnología e Innovación (SENESCYT), son las normadas en el artículo 183 por lo que esta Secretaría no es competente para registrar, ni para emitir certificaciones relacionados con los Registros de Títulos Académicos”.

La Ley Orgánica de Educación Superior, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 298 de 12 de octubre de 2010, en el Art. 182 dispuso la creación de la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, como el órgano que tiene por objeto ejercer la rectoría de la política pública de educación superior y coordinar acciones entre la Función Ejecutiva y las instituciones del Sistema de Educación Superior; que estará dirigida por el Secretario Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación de Educación Superior, designado por el Presidente de la República; y, que contará con el personal necesario para su funcionamiento.

El Art. 183 de la Ley Orgánica citada, entre otras funciones de la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, en la letra e) le faculta:

“e) Diseñar, implementar, administrar y coordinar el Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador, y el Sistema de Nivelación y Admisión”.

El Decreto Ejecutivo No. 517 publicado en el Registro Oficial No. 309 de 27 de octubre de 2010, fusionó la Secretaría Nacional de Ciencia y Tecnología

(SENACYT) a la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación (SENESCYT).

En el Art. 2 del Decreto Ejecutivo No. 517 citado, se nombra al doctor Manuel Eduardo Baldeón Tixe para que desempeñe las funciones de Secretario Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación.

En el Art. 3 del Decreto Ejecutivo No 517 se dispuso lo siguiente:

“Artículo 3.- Todas las competencias, atribuciones, funciones, representaciones y delegaciones, constantes en leyes, reglamentos y demás instrumentos normativos, que hasta la presente fecha eran ejercidas por la Secretaría Nacional de Ciencia y Tecnología (SENACYT) pasan a ser ejercidas por la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación”.

Mediante el Decreto Ejecutivo No. 1829, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 351 de 7 de septiembre de 2006, se expidió las disposiciones normativas para reorganizar el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología, que en el Art. 7 prevé las atribuciones y responsabilidades de la Secretaría Nacional de Ciencia y Tecnología, SENACYT.

La Disposición Segunda del Régimen de Transición de la Ley Orgánica de Educación Superior dispone que: “El Consejo de Educación Superior es el organismo que reemplaza al CONESUP de acuerdo a las disposiciones y funciones establecidas en la presente Ley”.

De otra parte, el Art. 129 de la Ley Orgánica de Educación Superior, dispone lo siguiente:

“Art. 129.- Notificación a la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación.- Todas las instituciones de educación superior del país notificarán a la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación la nómina de los graduados y las especificaciones de los títulos que expida”, y añade: “Esta información será parte del Sistema Nacional de Información de la Educación Superior”.

La mencionada Ley Orgánica en el Art. 130 prevé:

“Art. 130.- Nomenclatura de los títulos.- El Consejo de Educación Superior unificará y armonizará las nomenclaturas de los títulos que expidan las instituciones de educación superior en base a un Reglamento aprobado por el Consejo de Educación Superior”.

La Disposición Segunda del Régimen de Transición previsto en la Ley Orgánica de Educación Superior, previene que: “El Consejo de Educación Superior es el organismo que reemplaza al CONESUP de acuerdo a las disposiciones y funciones establecidas en la presente Ley”.

Así mismo, en la Derogatoria Primera de la Ley Orgánica de Educación Superior, se derogó la Ley Orgánica de Educación Superior, publicada en el Registro Oficial No. 77 de 15 de mayo de 2000; y, en la Derogatoria Segunda, se derogó el Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Superior, publicado en el Registro Oficial No. 195 de 31 de octubre de 2000.

El Art. 183 de la Ley Orgánica de Educación Superior, entre las funciones de la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, en la letra e) le dispone diseñar, implementar, administrar y coordinar el Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador; el Art. 129 *ibídem*, prevé que todas las instituciones de educación superior del país notificarán a la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación la nómina de los graduados y las especificaciones de los títulos que expida, cuya información será parte del Sistema Nacional de Información de la Educación Superior; y, el Art. 130 de la Ley Orgánica citada, previene que el Consejo de Educación Superior unificará y armonizará las nomenclaturas de los títulos que expidan las instituciones de educación superior en base a un Reglamento aprobado por el Consejo de Educación Superior.

Cabe destacar que el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, cuyas normas son aplicables al Secretario Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, quien como quedó señalado es un funcionario designado por el Presidente de la República, en el Art. 84 define la competencia administrativa como la medida de la potestad que corresponde a cada órgano administrativo, que es irrenunciable y se ejercerá por los órganos que la tengan atribuida como propia.

Por su parte, el Art. 85 letra a), señala entre las razones de la competencia, la materia que se le atribuye a cada órgano, y dentro de ella (la materia) según los

diversos grados, y, el inciso segundo del Art. 86 del mencionado Estatuto, prevé que los órganos administrativos serán competentes para resolver todos los asuntos y adoptar todas las medidas y decisiones que los consideren razonablemente necesarios para cumplir con sus objetivos específicos determinados en la ley no obstante que dichos asuntos, medidas y decisiones no hayan sido expresas y detalladamente a ellos atribuidos.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, por ser la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, el actual organismo que ejerce la rectoría de la política pública de educación superior, encargado de receptor la nómina de los graduados y las especificaciones de los títulos que expidan todas las instituciones del sistema de Educación Superior; y, por ser la entidad que administra el Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador, de conformidad con lo previsto en el Art. 183 letra e) de la Ley Orgánica de Educación Superior, que le faculta a la mencionada Secretaría a diseñar, implementar, administrar y coordinar el Sistema Nacional de Información de la Educación Superior, se concluye que la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, es el organismo competente para conocer y resolver los actos administrativos que no fueron resueltos por el extinguido CONESUP, referentes a inscripciones de títulos, que por diferentes motivos no fueron registrados en el ex CONESUP.

2. Con respecto a esta consulta, el Coordinador General de Asesoría Jurídica de la SENESCYT, en el Memorando No. SENESCYT-GGAJ-0059-2011 citado, expone el siguiente criterio:

“El Consejo de Educación Superior, de conformidad con el artículo 166 de la Ley Orgánica de Educación Superior es el organismo que rige el Sistema de Educación Superior, organismo que viene a reemplazar al extinguido CONESUP, conforme lo establece la Disposición Segunda del Régimen de Transición “ (...) Segunda.- El Consejo de Educación Superior es el organismo que reemplaza al CONESUP de acuerdo a las disposiciones y funciones establecidas en la presente Ley (...)”.

La Ley Orgánica de Educación Superior, en el Art. 166 creó el Consejo de Educación Superior como un organismo de derecho público con personería jurídica, con patrimonio propio, independencia administrativa, financiera y operativa, que tiene por objetivo la planificación, regulación y coordinación interna

del Sistema de Educación Superior, y la relación entre sus distintos actores con la Función Ejecutiva y la sociedad ecuatoriana.

El Art. 169 de la Ley Orgánica de Educación Superior, entre otras atribuciones y deberes del Consejo de Educación Superior, en el ámbito de esta Ley le dispone los siguientes:

...b) Elaborar el informe favorable vinculante sobre la creación de universidades y escuelas politécnicas que tendrá como base los informes favorables y obligatorios del Consejo de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior y de la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Planificación, según los requisitos establecidos en la presente Ley;

j) Aprobar la creación de carreras y programas de grado y postgrado en las instituciones universitarias y politécnicas;

k) Aprobar los estatutos de las instituciones de educación superior y sus reformas;

m) Aprobar al menos los siguientes reglamentos:

...3.- De régimen académico y t.....ítulos, y de régimen de postgrado; y de las modalidades de estudios: presencial, semipresencial, a distancia, en línea y otros...

La Disposición Segunda del Régimen de Transición de la Ley Orgánica de Educación Superior dispone que: “El Consejo de Educación Superior es el organismo que reemplaza al CONESUP de acuerdo a las disposiciones y funciones establecidas en la presente Ley”.

De la normattiva jurídica citada, se determina que de conformidad con el Art. 166 de la Ley Orgánica de Educación Superior, el Consejo de Educación Superior es el máximo organismo de derecho público que tiene por objeto la planificación, regulación y coordinación interna del Sistema de Educación Superior, y la relación entre sus distintos actores con la Función Ejecutiva y la sociedad ecuatoriana.

Así mismo se establece que las atribuciones y deberes del Consejo de Educación Superior constan en el Art. 169 de la Ley Orgánica de Educación Superior, entre estos se destacan: Elaborar el informe favorable vinculante sobre la creación de universidades y escuelas politécnicas; aprobar la creación de carreras y programas de grado y postgrado en las instituciones universitarias y politécnicas;

aprobar los estatutos y sus reformas, así como los reglamentos de régimen académico y títulos y de régimen de postgrado de las instituciones universitarias y politécnicas, entre otras atribuciones y deberes.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, de conformidad con la Disposición Segunda del Régimen de Transición previsto en la Ley Orgánica de Educación Superior, que dispone que el Consejo de Educación Superior es el organismo que reemplaza al CONESUP de acuerdo, a las disposiciones y funciones establecidas en dicha Ley; en cumplimiento de las atribuciones y deberes del Consejo de Educación Superior que constan en el Art. 169 de la Ley Orgánica de Educación Superior, y que quedaron anteriormente citadas, se concluye que el Consejo de Educación Superior es el organismo encargado de conocer y resolver los asuntos concernientes a actos administrativos no resueltos por el ex CONESUP, siempre que correspondan al ámbito de sus competencias, previstas en los artículos 166 y 169 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

3. El Coordinador General de Asesoría Jurídica de la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, en el memorando No. SENESCYT-CGAJ-0059-2011 de 13 de mayo de 2011, y respecto a esta consulta señala lo siguiente:

“La disposición legal prescrita en el artículo 129 de la Ley Orgánica de Educación Superior, establece claramente que las Instituciones de educación superior del país notificarán a la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación la nómina de los graduados y las especificaciones de los títulos que expida. Es la información de estas instituciones vigentes a fecha, la que será parte del Sistema Nacional de Información de la Educación Superior no la de las instituciones extinguidas”.

El Art. 129 de la Ley Orgánica de Educación Superior, cuyo texto quedó citado al absolver la primera consulta, dispone que: “Todas las instituciones de educación superior del país notificarán a la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación la nómina de los graduados y las especificaciones de los títulos que expida”; y, agrega que: “Esta información será parte del Sistema Nacional de Información de la Educación Superior”.

El Mandato Constituyente No. 14 expedido por el Pleno de la Asamblea Constituyente, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 393 de 31 de julio de 2008, derogó la Ley No. 130 de creación de la Universidad Cooperativa de Colombia del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 381 de 10 de agosto

de 1998, y al mismo tiempo derogó la letra f) del Art. 12 de la Ley Orgánica de Educación Superior, publicada en el Registro Oficial No. 77 de 15 de mayo de 2000.

Las Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera del Mandato Constituyente No. 14 disponen lo siguiente:

“SEGUNDA.- Se garantizan los derechos de alumnos y alumnas de la Universidad Cooperativa de Colombia del Ecuador, para ello el Consejo Nacional de Educación Superior- CONESUP, establecerá obligatoriamente un plan de contingencias que durará hasta ciento ochenta días a partir de la vigencia del presente Mandato, se establece que partiendo de una revisión de los expedientes individuales, los y las estudiantes tendrán la opción de continuar sus estudios en otros centros de educación superior siguiendo la normativa pertinente. Los responsables de la Universidad Cooperativa de Colombia del Ecuador, deberán entregar de forma inmediata los registros académicos y la documentación que requiera el Administrador General designado por el CONESUP”.

“TERCERA.- El Administrador General Temporal de la UCCE, designado por el CONESUP, dirigirá el Plan de Contingencias a favor de los estudiantes, así como la revisión documental exhaustiva de los registros académicos de la Universidad Cooperativa de Colombia del Ecuador, para verificar el registro de los títulos conferidos por esta entidad que estén por registrarse en la Secretaría Técnica Administrativa del CONESUP”.

Atento el contenido de la Disposición Transitoria Segunda del Mandato Constituyente No. 14, el plan de contingencia que debía establecer obligatoriamente el ex CONESUP, tenía una duración de hasta ciento ochenta días a partir de la vigencia de ese Mandato, para que partiendo de la revisión de los expedientes individuales, los estudiantes de la Universidad Cooperativa de Colombia del Ecuador pudieran continuar sus estudios en otros centros de educación superior, para cuyo efecto los responsables de dicha Universidad tenían que entregar de forma inmediata los registros académicos y la documentación requerida por el Administrador General designado por el entonces CONESUP.

En cumplimiento de la Disposición Transitoria Tercera del Mandato Constituyente No. 14, el Administrador General Temporal de la Universidad Cooperativa de Colombia del Ecuador designado por el ex CONESUP, tenía entre sus obligaciones que revisar exhaustivamente la documentación de los registros académicos de dicha Universidad, para verificar el registro de los títulos

conferidos por esta entidad que estén por registrarse en la Secretaría Técnica Administrativa del CONESUP.

De conformidad con el inciso segundo del Art. 2 del Mandato Constituyente No. 1 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 223 de 30 de noviembre de 2007, “Las decisiones de la Asamblea Constituyente son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma del orden jurídico y de obligatorio cumplimiento para todas las personas naturales, jurídicas y demás poderes públicos sin excepción alguna. Ninguna decisión de la Asamblea Constituyente será susceptible de control o impugnación por parte de alguno de los poderes constituidos”.

La Disposición Especial Cuarta de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 642 de 27 de julio de 2009 dispone que: “Los Mandatos expedidos por la Asamblea Constituyente, están en plena vigencia. Para su reforma se adoptará el procedimiento previsto en la Constitución de la República para las leyes orgánicas”.

Por lo expuesto, en atención a la normativa jurídica citada, de conformidad con lo previsto en el Mandato Constituyente No. 14, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 393 de 31 de julio de 2008, que derogó la Ley No. 130 de Creación de la Universidad Cooperativa de Colombia del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 381 de 10 de agosto de 1998; y, en atención a la Disposición Transitoria Segunda que determinó un plan de contingencia que debía establecer obligatoriamente el ex CONESUP, cuya duración era de hasta ciento ochenta días a partir de la vigencia de dicho Mandato, cuyo periodo feneció, se concluye que, para la formación del sistema nacional de información y el registro de los títulos conferidos por la Universidad Cooperativa de Colombia del Ecuador, que dejó de ser persona jurídica por la derogatoria de su Ley de creación, no debe aplicarse lo dispuesto en el Art. 129 de la Ley Orgánica de Educación Superior; si no que se debe seguir el proceso previsto en el Mandato Constituyente No. 14 antes referido.

OF. PGE. N°: 02374, de 20-06-2011

**TÍTULOS DE PROPIEDAD: TRANSFERENCIA DE DOMINIO DEL PORCENTAJE
RESPECTIVO PARA ÁREAS VERDES Y COMUNALES DE LOTIZACIONES**

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN SAN FERNANDO

CONSULTAS:

1. “¿Es necesario que al aprobarse la lotización por parte del I. Concejo Cantonal cuando sea una superficie superior a los 3.000 m² como en los dos casos citados anteriormente, el propietario del bien inmueble deba suscribir con la Municipalidad de San Fernando una escritura de participación municipal donde destine y transfiera el dominio del porcentaje respectivo para áreas verdes y comunales, y se inscriba en el Registro de la Propiedad o en aplicación del Art. 210 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal simplemente las resoluciones del I. Concejo Cantonal donde se aprueban las lotizaciones se protocolizarían en una notaría y se inscribirían en el correspondiente Registro de la Propiedad, para que constituyan títulos de transferencia de dominio, a favor de la Municipalidad?”.

2. ¿Las lotizaciones aprobadas únicamente por la Dirección de Obras Públicas sin contar con la aprobación por parte del I. Concejo Cantonal de San Fernando, no surten efecto alguno de acuerdo al Art. 224-A y 224-B de la Ley Orgánica de Régimen Municipal vigente en aquella época, y por tanto estos inmuebles no deberían considerarse como de propiedad municipal o de lo contrario se legalizarían sin contar con la resolución del Concejo Cantonal protocolizándose las aprobaciones realizadas por la Dirección de Obras Públicas en la Notaría e inscribiéndose en el correspondiente Registro de la Propiedad conforme al Art. 224-C o de que otra forma se podrían legalizar estos lotes de participación municipal?”.

BASES LEGALES:

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 371, 372, 417, 472 y 474.

Ley Orgánica de Régimen Municipal (2005) Arts. 63 num. 34, 207, 210, 250 y 252 (derogada).

Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (1971) Arts. 64 num. 34, 224, 224-A, 224-B, 224-C (derogada), 252, 262 y 263.

Código Civil Arts. 702 y 1698.

Ley Notarial Art. 18 num. 2.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. En la comunicación de consulta se expone que el Concejo Cantonal de San Fernando, el 5 de junio de 2003 y el 9 de noviembre de 2006, aprobó dos lotizaciones, de la señora Teresa Espinosa Plaza y del señor Nicolás Chuñir, respectivamente, determinando porcentajes para áreas verdes y comunales, es

decir, un lote de participación comunal, pero que los propietarios se han negado a suscribir la escritura pública de transferencia de dominio a favor de la Municipalidad.

Se agrega que la última ordenanza vigente sobre el tema, actualmente derogada, señala que la superficie dentro de la cual no se aplica esta exigencia es inferior a 3.000 m², caso contrario se destinará un porcentaje para áreas verdes y comunales.

En atención a nuestro requerimiento, se ha remitido copia certificada del acta de la sesión de Concejo correspondiente al 9 de noviembre de 2006, en la que consta en el acápite tercero, que ese órgano municipal, conoció del informe de la Comisión de Obras Públicas, para la lotización del señor Nicolás Chuñir y la aprobó por unanimidad. Con respecto a la lotización de la señora Teresa Espinosa, la respectiva acta de sesión de Concejo de 5 de junio de 2003, se ha remitido en copia simple, de la que se desprende que el Concejo aprobó la lotización “sugiriendo se emita una copia de la lotización a la junta parroquial de Chumbblín, para que se hagan cargo de la participación municipal”.

Así mismo, se ha remitido certificación del Jefe de Avalúos y Catastros de la Municipalidad de San Fernando, de la que se desprende que en los catastros de predios urbanos de ese cantón, constan a nombre de la Municipalidad los lotes correspondientes a participación municipal de las lotizaciones aprobadas de la señora Teresa Espinosa y del señor Nicolás Chuñir.

El informe jurídico del señor Procurador Síndico Municipal contenido en el oficio No. 028-PSMSF de 4 de marzo de 2011, remitido en atención a nuestro pedido, cita el numeral 34 del artículo 63 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal (Codificación de 2005), que confería al Concejo Cantonal competencia para exigir en toda lotización, se destine un porcentaje para zonas verdes y áreas comunales; así como el artículo 210 de la misma Ley, que determinaba que las resoluciones del concejo cantonal que aprueban nuevas lotizaciones, se protocolizarán y se inscribirán en el Registro de la Propiedad, constituyendo títulos translativos de dominio.

Sobre dicha base concluye manifestando que, para las lotizaciones aprobadas durante la vigencia de esa Ley, no se requeriría que los propietarios suscribieran una escritura pública de transferencia de dominio a favor de la I. Municipalidad de San Fernando, sino que en aplicación al Art. 210 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, se debería protocolizar e inscribir la resolución del Concejo Municipal de San Fernando en la que se aprueba la lotización.

Al tiempo en que el Concejo Municipal aprobó las lotizaciones a las que se refiere la consulta, años 2003 y 2006, respectivamente, regían las actualmente derogadas Codificación de la Ley de Régimen Municipal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 331 de 15 de octubre de 1971, vigente hasta el año 2005; y, la Codificación publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 159 de 5 de diciembre de 2005, derogada por el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010.

Las dos codificaciones de la derogada Ley de Régimen Municipal, previeron como atribución del Concejo Cantonal, la siguiente: “Exigir que en toda urbanización, parcelación, lotización, división o cualquier otra forma de fraccionamiento que le corresponda autorizar en las zonas urbanas y de expansión urbana, se destine un porcentaje para zonas verdes y áreas comunales, que no excederá del veinte por ciento del área útil de la superficie total del terreno”. La referida atribución consta en el numeral 34 del artículo 64 de la Codificación de 1971; e, idéntica previsión establecía el numeral 34 del artículo 63 de la Codificación de 2005.

Así mismo, las normas establecían que: “Los proyectos de parcelación o lotización presentados por los interesados, previo informe de la Oficina de Planificación Física y Urbana de la Municipalidad, podrán ser aprobados o rechazados por el Concejo”. Cito el texto del artículo 224 de la Codificación de 1971 y del artículo 207 de la Codificación de 2005.

El tercer artículo innumerado agregado por Ley No. 104, publicada en Registro Oficial No. 315 de 26 de agosto de 1982, a continuación del artículo 224 de la entonces vigente Ley de Régimen Municipal, dispuso: “Art. 224-C.- Las autorizaciones y aprobación de nuevas urbanizaciones o lotizaciones se protocolizarán en una Notaría y se inscribirán en el correspondiente Registro de la Propiedad. Tales documentos constituirán títulos de transferencia de dominio de las áreas de uso público y comunal, a favor de la Municipalidad, incluidas todas las instalaciones de servicios públicos. Dichas áreas no podrán enajenarse”. Idéntica norma constaba en el artículo 210 de la Codificación de la Ley de Régimen Municipal publicada en el año 2005.

La tradición del dominio de bienes raíces se efectúa por la inscripción del título en el libro correspondiente del Registro de la Propiedad, de conformidad con el artículo 702 del Código Civil.

En la especie, las autorizaciones y aprobación de nuevas urbanizaciones o lotizaciones por parte del Concejo Municipal, constituyen los títulos de transferencia de dominio de las áreas de uso público y comunales, a favor de la Municipalidad, de conformidad con el artículo 224-C de la Ley de Régimen Municipal (Codificación de 1971), y el artículo 210 de la Codificación de la misma Ley correspondiente al año 2005, que disponen además los documentos que se protocolizarán en una Notaría y se inscribirán en el correspondiente Registro de la Propiedad.

El numeral 2 del artículo 18 de la Ley Notarial, confiere a los Notarios atribución para protocolizar instrumentos públicos o privados por orden judicial o a solicitud de parte interesada patrocinada por abogado, salvo prohibición legal y el artículo 25 de la Ley de Registro, dispone que está sujeto a registro, “a) Todo contrato o acto entre vivos que cause traslación de la propiedad de bienes raíces”; y, “l) Cualquier otro acto o contrato cuya inscripción sea exigida por la Ley”.

Adicionalmente, la derogada Ley de Régimen Municipal, clasificó a los bienes municipales en bienes de dominio privado y bienes de dominio público, éstos últimos se subdividen a su vez en bienes de uso público y bienes afectados al servicio público (artículo 261 de la Codificación de 1971 y 249 de la Codificación de 2005). Con respecto a los bienes de dominio público, los declara inalienables, inembargables e imprescriptibles y dispone que en consecuencia, no tendrán valor alguno los actos, pactos o sentencias, hechos concertados o dictados en contravención a esta disposición (artículo 262 de la Codificación de 1971; artículo 250 de la Codificación de 2005). Finalmente, incluye entre los bienes de uso público, a las calles, pasajes, vías de comunicación, a las plazas, parques, ejidos y demás espacios destinados a la recreación u ornato público, así como a las aceras. (Letras a, b y c del artículo 263 de la Codificación de 1971; letras a, b y c del artículo 252 de la Codificación del año 2005).

La Ley No. 104 publicado en Registro Oficial No. 315 de 26 de agosto de 1982, introdujo como inciso final del artículo 263 de la Ley de Régimen Municipal (Codificación de 1971), la siguiente disposición: “Aunque se encuentren en urbanizaciones particulares y no exista documento de transferencia de tales bienes al Municipio, por parte de los propietarios, los bienes citados en este artículo, se considerarán de uso público.” Idéntica disposición constó como inciso final del artículo 252 de la derogada Ley de Régimen Municipal, en su Codificación del año 2005.

Del análisis que precede se concluye que las resoluciones del Concejo Cantonal que aprobaron las lotizaciones, una vez protocolizadas en una Notaría, constituyen títulos de transferencia de dominio a favor de la Municipalidad de las áreas verdes, y deben ser inscritos en el Registro de la Propiedad, de conformidad con el tercer artículo innumerado agregado por Ley No. 104, publicada en Registro Oficial No. 315 de 26 de agosto de 1982, a continuación del artículo 224 de la Ley de Régimen Municipal (Codificación de 1971), que corresponde al artículo 210 de la derogada Codificación de la Ley de Régimen Municipal de 2005, vigentes al tiempo en que se aprobaron las lotizaciones de la señora Teresa Espinosa (5 de junio de 2003) y del señor Nicolás Chuñir, el 9 de octubre de 2006. En consecuencia, no es necesario que los propietarios de los inmuebles lotizados, suscriban una escritura que transfiera el dominio de las áreas verdes a favor de la Municipalidad, pues aunque se encuentren en urbanizaciones particulares y no exista documento de transferencia de tales bienes al Municipio, se consideran de uso público, al tenor del inciso final de los artículos 263 y 252 de la Ley de Régimen Municipal, Codificaciones de 1971 y 2005, respectivamente.

2. En la consulta se refiere como antecedente que en los años 1992 y 1994, la Dirección de Obras Públicas de la Municipalidad de San Fernando, aprobó varias lotizaciones, sin que hubiera intervenido el Concejo Municipal; y, que como resultado de las lotizaciones aprobadas, se han determinado los respectivos porcentajes para áreas verdes y comunales, es decir, un lote de participación municipal, pero que los propietarios actuales se niegan a suscribir la escritura pública de transferencia de dominio a favor de la Municipalidad, creyéndose dueños de dichos inmuebles que en su debido momento no fueron legalizados.

Las lotizaciones a las que se refiere la consulta son las siguientes:

1. Lotización de los herederos del señor Rafael Cárdenas, aprobada por la Dirección de Obras Públicas de la I. Municipalidad el 12 de julio de 1994.
2. Lotización de la señora Rosa Piedra, aprobada por la Dirección de Obras Públicas el 7 de septiembre de 1994.
3. Lotización del terreno de la señora Ana María Pasato, aprobada por la Dirección de Obras públicas el 2 de septiembre de 1994.
4. Lotización del terreno de los herederos de José M. Sigüenza, aprobada por la Dirección de Obras Públicas Municipales el 2 de febrero de 1992.

En los cuatro casos, constan lotes de participación municipal, provenientes de las lotizaciones aprobadas, según certificación de 4 de marzo de 2011, suscrita por el Jefe de Avalúos y Catastros de la Municipalidad, que se ha remitido a este Despacho, como anexo a su oficio No. 205 ALMCSF-10 de 4 de marzo de 2011. Consta además una certificación del Secretario de la Dirección de Obras Públicas del Municipio de San Fernando, de la que se desprende que en los cuatro casos, esa Dirección aprobó las lotizaciones, adjuntándose como anexo, los planos en los que constan los fraccionamientos de los terrenos y la determinación de las franjas de participación municipal, en copia certificada por la Notaría Primera del Cantón San Fernando.

El informe jurídico del señor Procurador Síndico Municipal al que se hizo referencia al atender su primera consulta, contenido en oficio No. 028-PSMSF de 4 de marzo de 2011, cita los casos materia de la segunda consulta, la Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 331 de 15 de octubre de 1971, vigente hasta el 5 de diciembre del 2005.

Añade el citado informe jurídico que las disposiciones constantes en el Art. 224-A y 224-B de la Ley Orgánica de Régimen Municipal vigente hasta el 05 de diciembre del 2005, no se aplican para los cuatro casos analizados y citados anteriormente, porque si bien las lotizaciones no fueron aprobadas por el Concejo Municipal de San Fernando, fueron aprobados por la Dirección de Obras Públicas y en base a estas aprobaciones se han celebrado escrituras públicas de compra venta y se han catastrado los bienes inmuebles como municipales; y, concluye manifestando que: “no podrían quedar sin efecto” y que: “en estos casos se aplicaría el Art. 224-C que determina que las autorizaciones y aprobación de nuevas urbanizaciones o lotizaciones, es decir, las aprobaciones realizadas por la Dirección de Obras Públicas se protocolizarán en una Notaría y se inscribirán en el correspondiente Registro de la Propiedad”.

Al tiempo en que se emitieron los informes de la Dirección de Obras Públicas de la Municipalidad de San Fernando, respecto de las cuatro lotizaciones a las que se refiere su consulta, regía la Codificación de 1971 de la Ley de Régimen Municipal, cuyo artículo 64 numeral 34, establecían como atribución del Concejo Municipal, la de exigir que en toda urbanización, parcelación, lotización, división o cualquier otra forma de fraccionamiento que le corresponda autorizar en las zonas urbanas y de expansión urbana, se destine un porcentaje para zonas verdes y áreas comunales.

En concordancia, el artículo 224 de la misma Ley, disponía que: “Los proyectos de parcelación o lotización presentados por los interesados, previo informe de la Oficina de Planificación Física y Urbana de la Municipalidad, podrán ser aprobados o rechazados por el Concejo”.

La Ley No. 104, publicada en Registro Oficial No. 315 de 26 de agosto de 1982, agregó a continuación del artículo 224 de la entonces vigente Ley de Régimen Municipal, las siguientes normas:

“Art. 224-A.- Si de hecho se realizaren parcelaciones o lotizaciones sin aprobación de la Municipalidad, quienes directa o indirectamente las hayan llevado a cabo o se hayan beneficiado en alguna forma de ellas, no adquirirán derecho alguno y la Municipalidad podrá pedir el enjuiciamiento de los indiciados y la imposición de las sanciones correspondientes por los delitos cometidos”.

“Art. 224-B.- En las parcelaciones o lotizaciones no autorizadas por las municipalidades, no surtirán efecto alguno las ventas o promesas de venta realizadas por instrumento público o privado o en cualquier otra forma, y la municipalidad impondrá al vendedor o al promitente vendedor, una multa que podrá ser hasta cinco veces el valor del respectivo terreno, según avalúo hecho por la respectiva municipalidad. Las sanciones serán impuestas por el Comisario Municipal previa audiencia del inculpado a quien se le concederá un término de prueba de hasta cinco días, vencido el cual se expedirá la resolución correspondiente, de la que podrá recurrirse al Alcalde, según el numeral 38o. del Art. 72”.

“Art. 224-C.- Las autorizaciones y aprobación de nuevas urbanizaciones o lotizaciones se protocolizarán en una Notaría y se inscribirán en el correspondiente Registro de la Propiedad. Tales documentos constituirán títulos de transferencia de dominio de las áreas de uso público y comunal, a favor de la Municipalidad, incluidas todas las instalaciones de servicios públicos. Dichas áreas no podrán enajenarse”.

“Art. 224-D.- La Municipalidad no podrá revocar o modificar las autorizaciones concedidas, si las obras hubieran sido iniciadas y se estuvieren ejecutando conforme a las mismas, sin contar con el consentimiento de los promotores o ejecutores, bajo pena de pagar a estos y a los propietarios de los lotes, los daños y perjuicios que tal hecho origine. Las disposiciones contenidas en el presente

artículo se aplicarán a todas las situaciones que, de hecho, existieren en relación con esta materia, y a las que en el futuro se presentaren”.

Del tenor de las dos primeras normas transcritas se desprende que las lotizaciones realizadas de hecho, son aquellas efectuadas por los interesados en forma directa sin autorización de la Municipalidad, evento en el que no generan derechos, ni surten efecto alguno las ventas o promesas de venta de los inmuebles, correspondiendo a la municipalidad imponer una multa al vendedor o promitente vendedor.

En los cuatro casos de lotizaciones a los que se refiere su consulta, de lo expresado en criterio jurídico contenido en el oficio No. 133-PSMSF de 17 de diciembre de 2010, así como de la certificación sin fecha, otorgada por la Secretaria del Concejo Cantonal, se desprende que, se iniciaron los trámites de lotización en la Dirección de Obras Públicas de esa Municipalidad, que emitió los respectivos informes, sin que hubiere concluido el procedimiento, mediante aprobación del Concejo Municipal, de conformidad con el artículo 224 de la derogada Codificación de 1971 de la Ley de Régimen Municipal, anteriormente citada.

La competencia para aprobar las lotizaciones correspondía al Concejo Cantonal, de conformidad con el numeral 34 del artículo 64 y el artículo 224 de la entonces vigente Ley de Régimen Municipal (Codificación de 1971), órgano colegiado que podía aprobar o rechazar el proyecto de lotización presentado por los interesados, sobre la base del informe de la Oficina de Planificación Física y Urbana de la Municipalidad.

En todo procedimiento administrativo, el impulso corresponde a la Administración Pública, independientemente de la forma en que éste se hubiere iniciado, y salvo que se hubieren dispuesto medidas para mejor proveer por parte del órgano administrativo competente.

En la especie, presentados los proyectos de lotización, correspondía a la Municipalidad de San Fernando, impulsar el procedimiento y concluirlo aprobando o rechazando la lotización por parte del Concejo Cantonal, de conformidad con el antes citado artículo 224 de la Ley de Régimen Municipal vigente a esa época.

Del criterio jurídico contenido en oficio No. 028-PSMSF de 4 de marzo de 2011, consta que la Dirección de Obras Públicas Municipales, emitió los informes para la aprobación de las lotizaciones, en los cuatro casos materia de consulta, determinando los lotes de participación municipal; y, que sobre dicha base se han celebrado escrituras de compraventa, en base a lo cual, la Oficina de Catastros de esa Municipalidad, ha incluido dichos lotes de participación municipal en los respectivos catastros, según se desprende de la certificación de 4 de marzo de 2011, suscrita por el Jefe de Avalúos y Catastros. Dichos bienes son de uso público al tenor del inciso final del artículo 263 de la entonces vigente Ley de Régimen Municipal, agregado por la Ley No. 104, publicado en Registro Oficial No. 315 de 26 de agosto de 1982, que dispone: “Aunque se encuentren en urbanizaciones particulares y no exista documento de transferencia de tales bienes al Municipio, por parte de los propietarios, los bienes citados en este artículo, se considerarán de uso público”.

La letra c) del artículo 54 del vigente Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, confiere al gobierno autónomo descentralizado municipal, competencia para establecer el régimen de uso del suelo y urbanístico, para lo cual determinará las condiciones de urbanización, parcelación, lotización, división o cualquier otra forma de fraccionamiento de conformidad con la planificación cantonal, asegurando porcentajes para zonas verdes y áreas comunales; y, el artículo 371 *ibídem*, determina los vicios que impiden la convalidación de los actos, entre los que no consta la incompetencia en razón del grado.

El artículo 417 del vigente Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, dispone que son bienes de uso público aquellos cuyo uso por los particulares es directo y general, y entre ellos incluye a:

- a) Las calles, avenidas, puentes, pasajes y demás vías de comunicación y circulación;
- b) Las plazas, parques y demás espacios destinados a la recreación u ornato público y promoción turística;
- c) Las aceras que formen parte integrante de las calles y plazas y demás elementos y superficies accesorios de las vías de comunicación o espacios públicos a que se refieren los literales a) y b);
- d) Las quebradas con sus taludes y franjas de protección; los esteros y los ríos con sus lechos y sus zonas de remanso y protección, siempre que no sean de propiedad privada, de conformidad con la ley y las ordenanzas;

- e) Las superficies obtenidas por rellenos de quebradas con sus taludes;
- f) Las fuentes ornamentales de agua destinadas a empleo inmediato de los particulares o al ornato público;
- g) Las casas comunales, canchas, mercados, escenarios deportivos, conchas acústicas y otros de análoga función de servicio comunitario; y,
- h) Los demás bienes que en razón de su uso o destino cumplen una función semejante a los citados en los literales precedentes, y los demás que ponga el Estado bajo el dominio de los gobiernos autónomos descentralizados”.

El inciso final del citado artículo 417 del COOTAD, dispone: “Aunque se encuentren en urbanizaciones particulares y no exista documento de transferencia de tales bienes al gobierno autónomo descentralizado, por parte de los propietarios, los bienes citados en este artículo, se considerarán de uso y dominio público. 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”.

Los artículos 472 y 474 del citado COOTAD, confieren al Alcalde, como ejecutivo del gobierno autónomo municipal, competencia para autorizar todo tipo de fraccionamiento de terrenos.

Del análisis efectuado se concluye que tanto la derogada Ley de Régimen Municipal, como el vigente Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, asignan a la Municipalidad atribución para regular el uso del suelo y determinar las condiciones de lotización y todo tipo de fraccionamiento de inmuebles urbanos; mientras que la competencia para conferir las respectivas autorizaciones, que según la derogada ley correspondía al Concejo Cantonal, a partir de la promulgación del COOTAD será ejercida por el Alcalde.

Los artículos 371 y 372 del COOTAD, establecen los vicios de los actos administrativos que impiden la convalidación del acto, y aquellos que son susceptibles de convalidación, tan pronto como los vicios sean encontrados, previendo que: “La convalidación de los actos regirá desde la fecha en que se expide el acto convalidatorio”. El penúltimo inciso del artículo 372 del COOTAD disponen que: “...Si el vicio es de incompetencia por el grado, el acto viciado será convalidado por la autoridad jerárquica superior y si el vicio consistiere en la falta de alguna autorización, podrá ser convalidado mediante el otorgamiento de la misma por el órgano o autoridad competente”.

Los lotes de participación municipal resultantes de las lotizaciones materia de la pregunta, se tramitaron al amparo de la Ley de Régimen Municipal (Codificación de 1971) y que obtuvieron informe favorable de la Dirección de Obras Públicas de esa Municipalidad, son bienes de uso público de conformidad con el inciso final del artículo 263 de la indicada Ley de Régimen Municipal, calidad que se mantiene en el artículo 417 del vigente COOTAD, anteriormente citado, por lo que no es necesario que los propietarios de los inmuebles lotizados, suscriban una escritura que transfiera el dominio de las áreas verdes a favor de la Municipalidad.

En atención a los términos de su segunda consulta se concluye que los procedimientos iniciados para efectuar lotizaciones, que contaron únicamente con informes de la Dirección de Obras Públicas de esa Municipalidad, pero no fueron aprobadas por el Concejo Cantonal de San Fernando, pueden ser convalidados y concluidos de conformidad con el penúltimo inciso del artículo 372 del COOTAD, mediante autorización del Alcalde, autoridad a la que en la actualidad compete aprobar todo tipo de fraccionamiento de lotes urbanos, de conformidad con los artículos 472 y 474 del COOTAD, efectuado lo cual se dispondrá la correspondiente protocolización.

De haberse efectuado la compra venta de lotes por parte de los interesados, sin considerar las áreas verdes que estaban obligados a dejar en beneficio de la Municipalidad, y si estos se niegan a celebrar las escrituras públicas de transferencia de dominio de dichas áreas verdes, sus personeros deberán iniciar las acciones judiciales pertinentes a fin de que se declare la nulidad absoluta de dichas transferencias de dominio, por existir objeto ilícito de conformidad con el artículo 1698 del Código Civil, al estar referidas a bienes de dominio público, según el artículo 417 del COOTAD.

OF. PGE. N°: 01854, de 18-05-2011

**TURISMO: COMPETENCIA PARA CALIFICAR PROYECTOS TURÍSTICOS
– CONVENIOS DE DESCENTRALIZACIÓN-**

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN MUISNE

CONSULTA:

Si el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Muisne, está facultado legalmente para calificar proyectos turísticos en su jurisdicción.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 260, 261 num. 5 y 264.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 54 lit. g), 109, 112, 113, 114, 115, 328 lit. c) y 331 lit. a).

Ley de Turismo Arts. 15 num. 10, 26; y, 4 num. 10 y 15 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

A fin de contar con suficientes elementos para atender la consulta planteada, esta Procuraduría mediante oficio No. 00160 de 27 de enero de 2011, solicitó el criterio jurídico del Ministro de Turismo con respecto al tema planteado, requerimiento que fue atendido mediante oficio No. MT-2011-0460 de 28 de febrero de 2011, ingresado el 1 de marzo del mismo año.

Mediante oficio No. 00159 de 27 de enero del 2011, este Despacho le requirió a usted el envío del criterio jurídico debidamente fundamentado del Procurador Síndico del Municipio de su representación con relación a la consulta planteada; solicitud que fue atendida con oficio No. 002-P.S.-GADMCM-2011 de 9 de febrero del 2011, ingresado el 16 de febrero del mismo año.

En el oficio que contesto se manifiesta que: “El Gobierno Municipal del Cantón Muisne, el 25 de octubre de 2006, suscribió el Convenio de Descentralización y Transferencia de Competencias, Atribuciones, Funciones, Responsabilidades y Recursos de Turismo desde el Gobierno Nacional de la República del Ecuador, al Gobierno Municipal del Cantón Muisne”; mientras que en el criterio jurídico constante en oficio No. 002-P.S.- GADMCM-2011 de 9 de febrero del 2011, el Procurador Síndico del Municipio de Muisne, con fundamento en los artículos 54 literal g), del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; y , 15 numeral 10 de la Ley de Turismo concluye que: “Si bien existe suscrito un Convenio de Descentralización y Transferencia de Competencias, Atribuciones, Funciones, Responsabilidades y Recursos de Turismo desde el Gobierno Nacional de la República del Ecuador, al Gobierno Municipal del Cantón Muisne, el mismo que acompaño en copias fotostáticas certificadas, entre las atribuciones y funciones que constan del 3.1 al 3.8 no se encuentra una que transfiera ninguna atribución a este Gobierno Municipal, para calificar proyectos turísticos, pues esta atribución es expresamente y exclusiva del Ministerio de Turismo, según consta en el Art. 26 de la Ley de Turismo”.

Finalmente se agrega en el mencionado informe jurídico que: “Por las normas jurídicas expuestas y transcritas, no procede la calificación de proyectos turísticos

de parte del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Muisne, por transgredir la Constitución de la República del Ecuador, en el capítulo cuarto, Régimen de competencias, en su Art. 261, numeral 5; y a las siguientes leyes: 1.- El Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización en su Art. 54 referente a las funciones de los Gobiernos Autónomos descentralizados municipal, (sic) en su literal g); 2.- El Art. 26 de la Ley de Turismo; 3.- El Reglamento de la Ley de Turismo en su Art. 15; 4.- El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en su Capítulo IV de las Prohibiciones de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, en su artículo 328 literal c); y, 5.- El Art. 331, literal a) ibídem”.

En el criterio jurídico remitido por el Ministerio de Turismo mediante oficio No. MT-2011-0460 de 28 de febrero de 2011, el Ministro de Turismo subrogante, expresa: “Si bien se suscribió un Convenio de Descentralización y Transferencia de Competencias, Atribuciones, Funciones, Responsabilidades y Recursos de Turismo, entre el Gobierno Nacional y el Gobierno Municipal del Cantón Muisne, éste no faculta al Municipio a calificar proyectos turísticos, pues no se ha regulado los requisitos y procedimientos, siendo inaplicable su ejecución.

La única excepción es aquella prevista en el Art. 14 del Reglamento de Aplicación de la Ley de Turismo, pero instrumentalizando el art. 33 de la Ley de Turismo, es decir, sólo en el caso de que los municipios o gobiernos provinciales apliquen incentivos especiales, para lo cual por cierto se deberá dictar ordenanzas respectivas.

Se concluye en el mencionado informe manifestando que: “De todas maneras, es definitivo el art. 15 de la Ley de Turismo, en su numeral 10, al expresar que entre las atribuciones del Ministerio de Turismo, órgano rector de la actividad turística ecuatoriana, está la de “(...) Calificar proyectos turísticos; (...)”.

Con estos antecedentes, procedo a atender la consulta planteada, en los siguientes términos:

La Constitución de la República en el Art. 260, prescribe que 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. De su parte el artículo 261 de la Constitución citada, establece cuáles son las competencias exclusivas

del Estado Central; mientras que el Art. 264 *ibídem*, señala las competencias exclusivas de los gobiernos municipales.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010, en su Art. 54 ha recogido en los mismos términos del Art. 264 de la Constitución de la República, las funciones del gobierno autónomo descentralizado municipal, agregando en la letra g), del citado artículo, como función del gobierno autónomo descentralizado municipal, el regular, controlar y promover el desarrollo de la actividad turística cantonal en coordinación con los demás gobiernos autónomos descentralizados, promoviendo especialmente la creación y funcionamiento de organizaciones asociativas y empresas comunitarias de turismo. Por su parte el último inciso del Art. 135 del citado Código, establece que, el turismo es una actividad productiva que puede ser gestionada concurrentemente por todos los niveles de gobierno.

El Art. 109 del mencionado Código, define a los “sectores” como las áreas de intervención y responsabilidad que desarrolla el Estado, que según su organización podrán constituir un sistema sectorial; y agrega que, se clasifican en sectores privativos, estratégicos y comunes; estos últimos, de conformidad con el Art. 112 del Código en estudio, son todos los demás sectores de responsabilidad del Estado, susceptibles de mayor o menor nivel de descentralización y desconcentración, de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la naturaleza de los servicios públicos y actividades a los que estos se refieren.

Por su parte, de conformidad con el Art. 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. Por su parte, el Art. 114 del Código *ibídem*, dispone que, las competencias exclusivas son aquellas cuya titularidad corresponde a un solo nivel de gobierno de acuerdo con la Constitución y la ley, y cuya gestión puede realizarse de manera concurrente entre diferentes niveles de gobierno; mientras que las competencias concurrentes, según el Art. 115 *ibídem*, 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.

Del texto de los artículos citados del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, se desprende que las competencias

son facultades otorgadas a los distintos sectores del gobierno, las cuales se dividen en competencias exclusivas y concurrentes. Las primeras son las otorgadas taxativamente por la Constitución y la Ley a un sector específico del Estado, mientras que las competencias concurrentes son las facultades que pueden realizar varios sectores del gobierno sobre la misma materia.

Por su parte, la Ley de Turismo, en su artículo 15, numeral 10, dispone como atribución del Ministerio de Turismo el “calificar los proyectos turísticos”; mientras que el artículo 26 *ibídem*, establece que la referida Cartera de Estado, aprobará los mencionados proyectos que presenten las personas naturales o jurídicas.

En concordancia con las disposiciones citadas, el Art. 4, numeral 10, del Reglamento General de aplicación a la Ley de Turismo, establece como una función del Ministerio de Turismo, el calificar los proyectos turísticos; y agrega que, dicha facultad “podrá ser ejercida en forma desconcentrada hasta un nivel de Subsecretaría”.

De las disposiciones citadas de la Ley de Turismo y su Reglamento de Aplicación, se desprende que dicha normativa faculta al Ministerio de Turismo a calificar y aprobar los proyectos turísticos que se presenten las personas naturales y jurídicas. Entre la documentación que ha sido remitida, consta en copias certificadas, el “Convenio de Descentralización y Transferencia de Competencias, Atribuciones, Funciones, Responsabilidad y Recursos de Turismo desde el Gobierno Nacional de la República del Ecuador al Gobierno Municipal del Cantón Muisne”, suscrito el 25 de octubre de 2006, entre el Presidente de la República de esa época, la Ministra de Turismo, y, el Ministro de Economía y Finanzas, por una parte; y por otra, por el Alcalde y el Procurador Síndico del Municipio de Muisne.

En la Cláusula Tercera del citado convenio, referente a las “Atribuciones y Funciones que se Transfieren”, en el numeral 3.1., constan como atribución transferida, la “planificación de la actividad turística cantonal, de conformidad con las normas y estrategia nacionales vigentes”; mientras que el numeral 3.2., dispone como atribución transferida: “El fomento de todo tipo de turismo, especialmente receptivo y social y la ejecución de proyectos, programas y la prestación de servicios complementarios con personas jurídicas, personas naturales, entidades e instituciones públicas y privadas, incluidas las comunidades indígenas, campesinas y afroecuatorianas en sus respectivas localidades”.

La Cláusula Séptima del referido convenio referente a “Obligaciones del Ministerio de Turismo”, en el numeral 7.12, dispone: “El Ministerio de Turismo, mediante convenios específicos, co –financiará el 50% del valor de la ejecución de los proyectos de desarrollo turístico sostenible aprobados por el Ministerio, de manera especial, los proyectos de dinamización turística y aquellos que involucren a grupos indígenas, campesinos, afro ecuatorianos y de otros grupos vulnerables, que sean presentados por el municipio, cuando formen parte de su Plan Estratégico Local y guarden relación con las políticas y disponibilidades presupuestarias del Ministerio de Turismo”.

En el mismo tenor de la Cláusula Citada, el numeral 7.13. del referido convenio, dispone como obligación del Ministerio de Turismo la siguiente: “co-financiar mediante convenio respectivo, el 50% del valor de la ejecución de proyectos relacionados con actividades promocionales de carácter local aprobados por el Ministerio, que sean presentados por el Gobierno Municipal, de acuerdo a la programación anual de promoción turística cantonal y que guarden relación con las políticas y disponibilidades presupuestarias del Ministerio de Turismo, siempre y cuando, estos co–financiamientos formen parte de un proyecto de inversión incluido en el Programa Anual de Inversiones”.

Por su parte, la Cláusula Décima Segunda del convenio en estudio, establece: “A la suscripción del presente Convenio se entenderá plenamente transferida al Gobierno Local del Cantón Muisne la competencia de turismo y las atribuciones, funciones y responsabilidades inherentes a la gestión del turismo, detallada en la cláusula tercera”.

De las disposiciones citadas del Convenio en estudio, se desprende que tanto los proyectos de desarrollo turístico sostenible, como los proyectos relacionados con actividades promocionales de carácter local, presentados en el cantón Muisne deben ser aprobados por el Ministerio de Turismo, ya que dicho convenio no otorga al Municipio la facultad de calificar proyectos turísticos.

Con respecto a los convenios de descentralización suscritos antes de la vigencia del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, es pertinente citar la Disposición General Primera de dicho Código, que determina que dichos convenios suscritos entre el gobierno central y los gobiernos autónomos descentralizados, o que hayan entrado en vigencia por

vencimiento de los plazos establecidos, “mantendrán su vigencia, en el marco de la Constitución y este Código”.

Agrega el segundo inciso de la disposición en mención que: “Estas competencias no podrán ser revertidas. Si existiere contradicción, el Consejo Nacional de Competencias emitirá resolución motivada que disponga los ajustes necesarios, previo acuerdo entre las partes involucradas, para el pleno ejercicio de las competencias descentralizadas, así como el ejercicio concurrente de la gestión en la prestación de servicios públicos y los mecanismos de gestión contemplados en el presente Código”.

Del análisis jurídico que precede, se desprende que de conformidad con lo previsto en los artículos, 15, numeral 10; y, 26 de la Ley de Turismo; 4, numeral 10 de su Reglamento de aplicación, 112 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; y, de conformidad con lo previsto en el “Convenio de Descentralización y Transferencia de Competencias, Atribuciones, Funciones, Responsabilidad y Recursos de Turismo desde el Gobierno Nacional de la República del Ecuador al Gobierno Municipal del Cantón Muisne”, suscrito el 25 de octubre de 2006, que se encuentra vigente, la facultad de calificar y aprobar proyectos de interés turístico que presenten personas naturales y jurídicas en el cantón Muisne, es de competencia del Ministerio de Turismo.

Por lo tanto, en contestación a los términos de la consulta, el Gobierno Municipal del Cantón Muisne, no esta facultado para calificar los mencionados proyectos turísticos.

OF. PGE. N°: 00952, de 19-03-2011

UNIVERSIDAD: CREACIÓN DE TASAS COMO FUENTES COMPLEMENTARIAS DE INGRESO

ENTIDAD CONSULTANTE: UNIVERSIDAD TÉCNICA DE COTOPAXI

CONSULTAS:

1. “Las Universidades, como la que actualmente represento, están o no en la capacidad jurídica de crear fuentes complementarias de ingresos vía tasas (tributos), conforme lo disponen los artículos 357 de la Constitución y 28 de la Ley Orgánica de Educación Superior?”.

2. “En caso de ser positiva la respuesta, es decir, si las Universidades pueden establecer tasas como fuentes complementarias de ingresos, las resoluciones de Consejo Universitario, mediante las cuales se las apruebe, se deben o no publicar en el Registro Oficial?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 225, 287, 301, 355 inc. primero y 357. Ley Orgánica de Educación Superior Arts. 17, 20 lit. e), 23, 28, 73, 89, 90, 108, 161 y 225 num. 3.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Disp. Gen. Cuarta.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. La Constitución de la República, en el inciso primero del artículo 355 prescribe que 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.

En artículo 357 de la citada Constitución dispone que el Estado garantizará el financiamiento de las instituciones públicas de educación superior; y, que las universidades y escuelas politécnicas públicas podrán crear fuentes complementarias de ingresos para mejorar su capacidad académica, invertir en la investigación y en el otorgamiento de becas y créditos. Agrega: “La ley regulará los servicios de asesoría técnica, consultoría y aquellos que involucren fuentes alternativas de ingresos para las universidades y escuelas politécnicas, públicas y particulares”.

La Ley Orgánica de Educación Superior, en el artículo 17 establece 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.

En relación con las fuentes complementarias de ingresos, el artículo 28 de la indicada Ley Orgánica dispone que las instituciones de educación superior públicas podrán crear dichas fuentes complementarias para mejorar su capacidad académica, invertir en la investigación, en el otorgamiento de becas y ayudas económicas, en formar doctorados, en programas de posgrado, o inversión en infraestructura, en los términos establecidos en esta Ley. Añade que los servicios de asesoría técnica, consultoría y otros que constituyan fuentes de ingreso alternativo

para las universidades y escuelas politécnicas, públicas o particulares, podrán llevarse a cabo en la medida en que no se opongan a su carácter institucional “sin fines de lucro”; para lo cual, el Consejo de Educación Superior “regulará por el cumplimiento de esta obligación mediante las regulaciones respectivas”.

De lo expuesto se desprende, que las universidades y escuelas politécnicas, públicas o particulares pueden crear fuentes complementarias o alternativas de ingresos que no se opongan a su carácter de instituciones sin fines de lucro, cuya regulación le corresponde efectuar al Consejo de Educación Superior.

En relación con las “tasas” mencionadas en su consulta, el artículo 287 de la Constitución de la República dispone que solamente las instituciones de derecho público “podrán financiarse con tasas y contribuciones especiales establecidas por ley”. El artículo 301 de la referida Constitución determina que sólo por acto normativo de órgano competente “se podrán establecer, modificar, exonerar o extinguir tasas y contribuciones. Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la Ley”.

Las instituciones de derecho público se encuentran señaladas en el artículo 225 de la referida Constitución en los siguientes términos:

“El sector público comprende:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral o de Transparencia y Control Social.
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos”.

En el caso que motiva su consulta, no obstante que las universidades y escuelas politécnicas públicas creadas con ese carácter mediante ley, conforme lo señala el artículo 108 de la Ley Orgánica de Educación Superior, forman parte de las instituciones de derecho público, al tenor del numeral 3 del artículo 225 de la

Constitución de la República, se debe tener en cuenta que la Ley Orgánica de Educación Superior no contempla entre sus disposiciones la creación de tasas como fuente de ingresos de las universidades y escuelas politécnicas, públicas o particulares; tanto es así, que en sus artículos 20 letra e), 73, 89 y 90 determinan que el patrimonio y financiamiento de las instituciones del sistema de educación superior está constituido, entre otros, por los ingresos provenientes de matrículas, derechos y aranceles, los cuales corresponde regularlos al Consejo de Educación Superior.

Cabe resaltar además, que el artículo 161 de la indicada Ley Orgánica determina que las instituciones del sistema de educación superior “no tendrán fines de lucro según lo prevé la Constitución de la República del Ecuador; dicho carácter será garantizado y asegurado por el Consejo de Educación Superior”.

El Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, en su Disposición General Cuarta prevé que las entidades y organismos del sector público, “que forman parte del Presupuesto General del Estado, podrán establecer tasas por la prestación de servicios cuantificables e inmediatos, tales como pontazgo, peaje, control, inspecciones, autorizaciones, permisos, licencias u otros, a fin de recuperar, entre otros, los costos en los que incurrieren por el servicio prestado, con base en la Reglamentación de este Código”.

Téngase en cuenta que el artículo 23 de la Ley Orgánica de Educación Superior dispone que de conformidad con la Constitución de la República del Ecuador y la presente Ley, el Estado garantiza el financiamiento de las instituciones públicas de educación superior “el que constará obligatoriamente en el Presupuesto General del Estado que se aprueba cada año”.

En virtud de lo expuesto, toda vez que el artículo 357 de la Constitución de la República dispone que la ley regulará las fuentes alternativas de ingresos para las universidades y escuelas politécnicas, públicas y privadas; que el artículo 28 de la Ley Orgánica de Educación Superior dispone que los servicios de asesoría técnica, consultoría y otros que constituyan fuentes complementarias o alternativas de ingresos para las universidades y escuelas politécnicas públicas o particulares pueden llevarse a cabo en la medida que no se opongan a su carácter institucional “sin fines de lucro”, los cuales serán regulados por el Consejo de Educación Superior; y, que conforme a la Disposición General Cuarta del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, las instituciones que

forman parte del Presupuesto General del Estado, pueden establecer tasas por la prestación de servicios cuantificables e inmediatos tales como pontazgo, peaje, control, inspecciones, autorizaciones, permisos, licencia u otros, a fin de recuperar los costos por el servicio prestado, tributo que no corresponde al caso de las instituciones de educación superior, puesto que su financiamiento está constituido, entre otros, por los ingresos provenientes de matrículas, derechos y aranceles conforme a los artículos 20 letra e), 73, 89 y 90 de la mencionada Ley Orgánica que no contiene disposiciones que permitan la creación de tasas por parte de dichos Centros de Educación, se concluye que no es procedente que la Universidad Técnica de Cotopaxi pueda crear tasas como fuente complementaria o alternativa de ingresos, a través de resoluciones del Consejo Universitario de esa entidad educativa.

2. Al absolver la primera consulta concluí manifestando que con fundamento en los artículos 357 de la Constitución de la República, 28 de la Ley Orgánica de Educación Superior, y la Disposición General Cuarta del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, no es procedente que la Universidad Técnica de Cotopaxi pueda crear tasas como fuente complementaria o alternativa de ingresos.

En atención a lo expuesto, resulta improcedente atender la segunda consulta planteada por usted en los términos antes referidos.

OF. PGE. N°: 00474, de 17-02-2011

UNIVERSIDAD: ELECCIÓN DE AUTORIDADES ACADÉMICAS

ENTIDAD CONSULTANTE: UNIVERSIDAD ESTATAL DE MILAGRO

CONSULTAS:

1. "Puede la Universidad Estatal de Milagro convocar a elecciones de Autoridades Académicas bajo la denominación de Decano y Subdecano o Director y Coordinador (art. 53 LOES) cuyos períodos van a fenecer amparado en el Estatuto y Reglamento de elección de autoridades académicas en todo lo que no contravenga la LOES vigente?"

2. "Las autoridades que actualmente ejercen dichas funciones por haber sido reelegidos pueden postularse o no respetando el contenido del art. 56 de la LOES?"

BASES LEGALES:

Ley Orgánica de Educación Superior Arts. 53, 55, 56, Disp. Gen. Cuarta, Disp. Trans. Décima Séptima y Derogatoria Sexta.

Estatuto de la Universidad Estatal de Milagro Arts. 32, 37, 112 y 113.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. A fin de contar con suficientes elementos para atender las consultas planteadas, ésta Procuraduría mediante oficio No. 00097 de 17 de diciembre de 2010, solicitó el criterio jurídico del Secretario Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, SENESCYT, con relación a las preguntas planteadas, requerimiento que fue atendido mediante oficio SEN-AL-CO0820 de 28 de diciembre de 2010.

En el referido informe del SENESCYT, con respecto a esta pregunta, únicamente se hace mención a la Disposición Transitoria Décima Séptima de la Ley Orgánica de Educación Superior, que establece que: “Las Universidades y Escuelas Politécnicas en un plazo de 180 días reformarán sus estatutos para adecuarlos a la presente Ley, reforma que deberá ser revisada y aprobada por el Consejo de Educación Superior. En este plazo, cualquier proceso eleccionario se registrará por la presente Ley”.

Del texto de la consulta, se desprende que la misma está dirigida de manera particular al asesoramiento con respecto al proceso de elección de Decanos, Subdecanos, Directores y Coordinadores de las Unidades Académicas de la Universidad de Milagro establecido en el Art. 113 del Estatuto de la Universidad Estatal de Milagro, en razón de que el 19 de febrero del 2011, termina el periodo para el cual fueron reelegidos las mencionadas autoridades.

En el criterio jurídico institucional, constante en el oficio No. 226.2010.A.J.S. de 18 de noviembre de 2010, el Director de Asesoría Jurídica de la Universidad Estatal de Milagro, manifiesta que con fundamento en los artículos 53 de la Ley Orgánica de Educación Superior y los artículos 32, 37, 112 y 113 del Estatuto de la Universidad Estatal de Milagro, la referida universidad puede convocar oportunamente a elecciones para designar a las autoridades académicas y agrega que, “respetando lo observado en el art. 56 de la LOES pueden participar los actuales dignatarios, pese a tener la calidad de reelegidos, si reúnen los requisitos determinados en el art. 54 ibidem, porque la prohibición expresa es solo para Rector y Vicerrector – último inciso disposición transitoria décima primera-”.

El Estatuto Orgánico de la Universidad Estatal del Milagro, discutido y aprobado por el Consejo Universitario en sesiones de fechas 17 y 25 de julio; 16, 27 y 31 de agosto; 5 y 12 de septiembre; y 9 de noviembre de 2001; y sus reformas del 24 de junio y el 9 de julio de 2010, establece en el Art. 7 del Capítulo I, del Título Segundo, relacionado con el Gobierno y Estructura de la Universidad, que el Gobierno de la Universidad Estatal de Milagro emana de sus docentes, estudiantes, empleados y trabajadores, en las proporciones establecidas en la Ley de Educación Superior y será ejercido por: a) El Consejo Universitario, b) Rector, c) Vicerrector, d) Directores de las Unidades Académicas, e) Consejos de las Unidades Académicas; y, f) Coordinadores de las Unidades Académicas.

Por su parte, el Art. 113 del mencionado Estatuto, dispone que: “El Rector, el Vicerrector, los Directores y Coordinadores Académicos, serán elegidos en la segunda quincena de enero, para el período correspondiente de acuerdo a la Ley de Educación Superior”.

En el Suplemento del Registro Oficial No. 298 de 12 de octubre de 2010, fue publicada la Ley Orgánica de Educación Superior, cuyo Art. 53 dispone que las autoridades académicas serán designadas por las instancias establecidas en el estatuto de cada universidad o escuela politécnica, las cuales podrán ser reelegidas consecutivamente o no, por una sola vez. Añade el artículo en mención que: “Se entiende por autoridad académica los cargos de Decano, Subdecano o de similar jerarquía”.

Por su parte, el acápite denominado “Régimen de Transición”, de la Ley Orgánica de Educación Superior, establece en su Disposición General Cuarta 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”.

La Disposición Transitoria Décima Séptima de la Ley Orgánica de Educación Superior, dispone que: “Las Universidades y Escuelas Politécnicas en un plazo de 180 días reformarán sus estatutos para adecuarlos a la presente Ley, reforma que deberá ser revisada y aprobada por el Consejo de Educación Superior.

En este plazo, cualquier proceso eleccionario se regirá por la presente Ley”.

La Derogatoria Sexta de la Ley Orgánica de Educación, establece que se deroga toda la base reglamentaria y administrativa constante en reglamentos, acuerdos, resoluciones y demás normas jurídicas que se opongan a la presente Ley.

De las disposiciones invocadas, se infiere que a partir de la publicación de la Ley Orgánica de Educación Superior, las autoridades académicas de las Universidades y Escuelas Politécnicas, como son Decanos y Subdecanos; y, los de similar jerarquía, como es el caso de Directores de la Unidades Académicas de la Universidad Estatal de Milagro, son designadas por las instancias que establezca cada Centro de Educación Superior conforme a sus Estatutos que deberán ser reformados para que sus disposiciones guarden armonía con la Ley Orgánica de Educación Superior, como así lo establece la Disposición Transitoria Décima Séptima de la Ley Orgánica en mención.

Por lo expuesto, en contestación a los términos de su consulta, no es procedente que las máximas autoridades de la Universidad Estatal de Milagro, convoquen a elecciones para designar a las de Autoridades Académicas bajo la denominación de Decano y Subdecano o Director y Coordinador, cuyos periodos van a fenecer amparado en el Estatuto y Reglamento de elección de autoridades académicas de la Universidad Estatal de Milagro.

Se advierte que a partir del nuevo marco legal que rige a las Universidades y Escuelas Politécnicas, las únicas autoridades que son electas son los Rectores y Vicerrectores de dichos centros de educación superior, de conformidad con el Art. 55 de la Ley Orgánica de Educación Superior. Por lo tanto, la Universidad Estatal de Milagro podrá convocar a elecciones exclusivamente para elegir al Rector y Vicerrector de dicho centro de estudios.

En todo caso, la Universidad Estatal de Milagro, dentro del término previsto en la Disposición Transitoria Décima Séptima de la Ley Orgánica de Educación Superior, deberá expedir el nuevo Estatuto de la referida universidad que prevea el sistema de designación de todas sus autoridades, y de manera particular, de los Decanos, Vicedecanos, Directores y Coordinadores, en aplicación del Art. 53 de la Ley Orgánica de Educación Superior. De igual modo, la normativa que se expida deberá contemplar la subrogación o reemplazo del Rector o Rectora, Vicerrectores o Vicerrectoras y Autoridades Académicas en caso de ausencia temporal o definitiva, en ejercicio de su autonomía responsable, conforme lo establecido en el artículo 52 de la Ley Orgánica en mención.

En estos mismos términos se pronunció esta Procuraduría mediante oficio No. 17830 de 9 de diciembre de 2010, ante una consulta formulada por la Escuela Superior Politécnica del Litoral, ESPOL.

2. Con fundamento en el análisis jurídico realizado en la contestación a la primera consulta, se infiere que el Art. 56 de la Ley Orgánica de Educación Superior, que establece la alternancia y la paridad de género en las listas de las autoridades que deban ser elegidas, es aplicable a las primeras autoridades de las Universidades y Escuelas Politécnicas, que como ha sido analizado, son las únicas que son elegidas por votación.

En el caso de los Decanos, Subdecanos, Directores y Coordinadores de las Universidades y Escuelas Politécnicas, estos serán designados y no electos, por lo tanto no se les aplica lo establecido en el mencionado Art. 56 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

En cuanto a si pueden ser designadas las autoridades que actualmente se encuentran en las funciones anteriormente descritas, dicha decisión dependerá exclusivamente del Consejo Universitario, quienes son los que nombran a dichas autoridades, sin embargo en el caso de que hayan sido nuevamente designados para los mismos cargos bajo el actual imperio de la Ley Orgánica de Educación Superior, podrán ser reelegidos por una sola vez, como lo establece el Art. 53 de la Ley en mención.

OF. PGE. N°: 00489, de 14-01-2011

UNIVERSIDAD: ELECCIÓN DE REPRESENTANTES, COGOBIERNO ESTUDIANTIL Y PARTICIPACIÓN DE EMPLEADOS

ENTIDAD CONSULTANTE: UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

CONSULTAS:

1. “En razón de que con fecha 12 de octubre de 2010 se publicó la nueva Ley Orgánica de Educación Superior, en la cual en su Art. 60 reforma sustancialmente el nivel de participación de los estudiantes, empleados y trabajadores a los organismos de cogobierno, consulto a usted señor Procurador si la Universidad Nacional de Loja, debe seguir actuando con el cogobierno estudiantil del 50%; y en el caso de los empleados y trabajadores con el cogobierno del 10%; o, en forma inmediata, se debe proceder a integrar los organismos de gobierno en los porcentajes como lo dispone el Art. 60 y 62 de la Ley *ibidem*”.

2. “En vista de que estatutariamente en la Universidad Nacional de Loja se permitía la participación con voz en los organismos de gobierno a las Asociaciones

Generales de Profesores, Empleados y Trabajadores; consulto a usted, si estos gremios y asociaciones pueden seguir participando en los organismos de gobierno de la Universidad Nacional de Loja a partir de la promulgación de la nueva Ley de Educación Superior promulgada en el mes de octubre del 2010”.

3. “Por cuanto en la Universidad Nacional de Loja los organismos de gobierno han emitido resoluciones y otros actos administrativos, integrados de conformidad a lo establecido en el Estatuto Orgánico del 2002, consulto a usted, si las mismas son ilegítimas o no”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 66 num. 13 y 351.

Ley Orgánica de Educación Superior Arts. 5 lit. e), 43, 45, 60, 62, 63, Disp. Gen. Primera y Disp. Cuarta del Régimen de Transición.

Ley Orgánica de Educación Superior Art. 35 (derogada).

Código Civil Arts. 37 y 38.

Estatuto Orgánico de la Universidad Nacional de Loja Arts. 6, 89 y 90.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. En el informe inicial del Procurador General de la Universidad Nacional de Loja, contenido en oficio No. 034-PG-UNL-2011 de 18 de enero de 2011, se manifiesta que los organismos de gobierno de esa Universidad se constituyeron en la forma establecida por el artículo 35 de la anterior Ley Orgánica de Educación Superior; y, que los representantes de los estudiantes, empleados y trabajadores a los organismos de gobierno de esa Universidad, fueron elegidos para un periodo de dos años, que fenece en agosto del 2011.

Agrega que la nueva Ley reformó sustancialmente los porcentajes de participación de los estudiantes, empleados y trabajadores en los organismos de gobierno de los establecimientos de educación superior, “lo que implica que el actual cogobierno de la Universidad no está integrado en armonía con la nueva Ley de Educación Superior, lo que ocasiona que exista (sic) ciertas dudas respecto de la integración y legitimidad de los participantes de los referidos sectores”.

El citado informe invoca entre otras normas, los artículos 60 y 63 de la vigente Ley Orgánica de Educación Superior, su Disposición General Primera, y la Disposición Cuarta del Régimen de Transición. Argumenta que los Estatutos de la Universidad Nacional de Loja deberán adecuarse a la nueva Ley y luego

designarse el cogobierno universitario en la forma establecida por ella. Con respecto a la primera consulta, concluye manifestando que: “En virtud de que el cogobierno de la Universidad Nacional de Loja en la actualidad, está integrado en base a la Ley de Educación Superior promulgada en el año 2001,... estos seguirán actuando hasta que sean legalmente reemplazados, en consideración a lo que dispone el artículo 6 inciso cuarto del Estatuto Orgánico de la Universidad Nacional de Loja, en vigencia, pues no existe ninguna norma en la nueva Ley Orgánica de Educación Superior, que establezca que éstos cesan en sus funciones...”.

Por su parte, el Secretario Nacional de Educación Superior, Ciencia y Tecnología e Innovación, en oficio No. SENESCYT-DE-0010-2011 de 22 de marzo de 2011, manifiesta que: “Respecto al nivel de participación de los estudiantes, servidores y trabajadores a los organismos de cogobierno de la Universidad; es criterio de la SENESCYT, que de conformidad a lo establecido en la Ley Orgánica de Educación Superior, las Universidades y Escuelas Politécnicas en un plazo de 180 días reformarán sus estatutos para adecuarlos a la presente Ley, reforma que deberá ser revisada y aprobada por el Consejo de Educación Superior, mientras tanto las instituciones que conforman el Sistema de Educación Superior deberán adecuar su estructura orgánica funcional, académica, administrativa, financiera y estatutaria a las disposiciones del nuevo ordenamiento jurídico, aplicando para ello los porcentajes que establece la Ley”.

El artículo 35 de la derogada Ley Orgánica de Educación Superior, establecía la participación de los estudiantes y de los empleados y trabajadores, en los organismos colegiados de gobierno de los establecimientos de educación superior, en los siguientes términos:

“Art. 35.- La participación de los estudiantes en los organismos colegiados de gobierno será equivalente a un porcentaje entre el diez por ciento (10%) y el cincuenta por ciento (50%) del total del personal académico con derecho a voto, exceptuándose al Rector y Vicerrector o vicerrectores de esta contabilización; la de los empleados y trabajadores hasta el diez por ciento (10%), éstos no participarán en las decisiones de carácter académico. Cualquier fracción será aproximada al número entero inmediato superior.

Para todas las dignidades de representación estudiantil al gobierno los candidatos deberán ser de nacionalidad ecuatoriana o haber estudiado el

bachillerato en el Ecuador, acreditar en el periodo inmediato anterior a la elección un promedio de calificaciones equivalente o superior a muy buena, conforme a la regulación institucional; haber aprobado los dos (2) primeros años lectivos o su equivalente, no haber reprobado el año regular o ciclo inmediato anterior o su equivalente en los sistemas académicos que se establecieron y no haber sido sancionado por falta considerada grave.

Toda elección de representantes estudiantiles ante los órganos colegiados se realizará por votación universal, directa, secreta y obligatoria. Su renovación se realizará con la periodicidad establecida en los estatutos de la institución; de no hacerlo perderán su representación”.

El Estatuto Orgánico de la Universidad Nacional de Loja, que en copia certificada se ha acompañado a la consulta, fue aprobado inicialmente por el Consejo Universitario en sesiones de 21 de agosto de 2001, 30 y 31 de agosto y 23 de octubre de 2001; y, aprobado por Resolución del CONESUP No. RCP-S3-R051-02 de 30 de enero de 2002. Dicho Estatuto ha sido reformado por la Junta Universitaria, en sesiones de 31 de enero de 2008 y 27 de febrero de 2008. Su artículo 6 dispone:

“Art. 6.- La Junta Universitaria es el máximo organismo de gobierno colegiado superior, y se integra por: El Rector, quien la presidirá; el Vicerrector; dos docentes elegidos por los profesores de cada una de las Áreas; un representante estudiantil elegido por los estudiantes de cada una de las Áreas; y, los representantes administrativos, elegidos con una representación equivalente al diez por ciento, respecto del personal docente que integra el organismo, sin considerar al Rector y Vicerrector...”

Los representantes de los docentes, estudiantes y del sector administrativo durarán dos años en el ejercicio de sus funciones...

Los representantes docentes, estudiantiles y administrativos ante la Junta Universitaria, tendrán dos alternos, y serán elegidos de conformidad al reglamento que se dictará para el efecto...”.

En cuanto a los porcentajes de representación al cogobierno, el artículo 90 del Estatuto dispone que: “Los organismos plurales de gobierno se integrarán con representantes de docentes, de estudiantes y en los casos que la ley prevé

con Representantes de empleados y obreros. Los estudiantes tendrán una representación equivalente al 50% y los empleados y obreros una representación equivalente al 10%, respecto de la representación del personal docente que integre el organismo”.

El artículo 351 de la Constitución de la República, dispone que el sistema de educación superior se regirá, entre otros principios por el de cogobierno, que según el artículo 45 de la vigente Ley Orgánica de Educación Superior, “Consiste en la dirección compartida de las universidades y escuelas politécnicas por parte de los diferentes sectores de la comunidad de esas instituciones: profesores, estudiantes, empleados y trabajadores, acorde con los principios de calidad, igualdad de oportunidades, alternabilidad y equidad de género”.

La letra e) del artículo 5 de la vigente Ley Orgánica de Educación Superior, incluye entre los derechos de los estudiantes, el de elegir y ser elegido para integrar el cogobierno de las universidades y escuelas politécnicas.

En cuanto a los porcentajes de participación en el cogobierno, el artículo 60 de la vigente Ley Orgánica de Educación Superior dispone que: “La participación de las y los estudiantes en los organismos colegiados de cogobierno de las universidades y escuelas politécnicas públicas y privadas, en ejercicio de su autonomía responsable, será del 10% al 25% por ciento del total del personal académico con derecho a voto, exceptuándose al rector o rectora, vicerrector o vicerrectora y vicerrectores o vicerrectoras de esta contabilización”. El inciso final del mismo artículo determina que la elección de representantes estudiantiles y graduados, ante los órganos colegiados se realizará por votación universal, directa y secreta; y que “su renovación se realizará con la periodicidad establecida en los estatutos de cada institución”.

Con respecto a la participación de los servidores y trabajadores en el cogobierno, el artículo 62 de la vigente Ley Orgánica de Educación Superior, dispone que será equivalente a un porcentaje del 1% al 5% del total del personal académico con derecho a voto.

De las normas hasta aquí citadas se desprende que el cogobierno es un principio al que están sujetos los establecimientos de educación superior, y que la vigente Ley Orgánica de Educación Superior ha modificado los porcentajes de participación de los estudiantes y de los servidores y trabajadores en los

órganos colegiados de gobierno de los establecimientos de educación superior, reduciéndolos respecto de los establecidos en la Ley Orgánica anterior.

La Disposición General Primera de la vigente Ley Orgánica de Educación Superior, citada en el informe del Procurador de la Universidad Nacional de Loja, prevé que para su aplicación, todas las instituciones que conforman el Sistema de Educación Superior adecuarán su estructura orgánica funcional, académica, administrativa, financiera y estatutaria a las disposiciones del nuevo ordenamiento jurídico contemplado en este cuerpo legal, a efectos que guarden plena concordancia y armonía con el alcance y contenido de esta Ley; y, la Disposición Transitoria Décima Séptima de la vigente Ley, establece el plazo de 180 días para que las Universidades y Escuelas Politécnicas reformen sus estatutos para adecuarlos a la presente Ley. La misma Disposición prevé además que dicha reforma deberá ser revisada y aprobada por el Consejo de Educación Superior; y, que en ese plazo “cualquier proceso eleccionario se registrá por la presente Ley”.

Finalmente, la Disposición Cuarta del Régimen de Transición de la vigente Ley Orgánica de Educación Superior declara que: “Hasta que se aprueben los reglamentos previstos en la presente ley, seguirá en vigencia la normativa que regula el sistema de educación superior, en todo aquello que no se oponga a la Constitución y esta Ley”.

El artículo 37 del Código Civil, establece que la derogación de las leyes puede ser expresa o tácita: “Es expresa cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua”; y, “Es tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior”. La misma norma prevé que la derogación de una ley puede ser total o parcial; y, el artículo 38 *ibídem*, prevé que la derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley.

Es pertinente considerar que la vigente Ley Orgánica de Educación Superior, fue promulgada el 12 de octubre de 2010, y derogó expresamente a la Ley anterior, su Reglamento, y todas las disposiciones legales que se opongan; y, que el plazo de 180 días que establece su Disposición Transitoria Décima Séptima para que las Universidades reformen sus estatutos y los adecuen a la nueva ley, venció el 12 de abril de 2011.

Si bien el régimen de transición establecido por la nueva Ley Orgánica de Educación Superior y sus Disposiciones Transitorias no han previsto que cesen

en sus funciones los representantes de estudiantes y trabajadores designados ante los órganos colegiados de las Universidades en aplicación de las normas de la ley anterior y los Estatutos aprobados en conformidad a ella, la Disposición Transitoria Décima Séptima de la vigente Ley Orgánica de Educación Superior, prescribe que “cualquier proceso eleccionario se regirá por la presente ley” y que la normativa que regula el sistema de educación superior seguirá en vigencia en todo aquello que no se oponga a la nueva Ley.

En la consulta no se informa el estado en que se encuentra el proceso de reforma de los Estatutos de la Universidad Nacional de Loja; y, la SENESCYT tampoco ha informado sobre ese tema.

El artículo 90 del Estatuto de la Universidad Nacional de Loja, que antes fue transcrito, establece porcentajes de participación de los estudiantes y de los empleados y obreros en los organismos de gobierno de esa Universidad, que son superiores a los que determina la nueva Ley Orgánica de Educación Superior; por tanto, el artículo 90 del Estatuto de esa Universidad al no guardar conformidad con los artículos 60 y 62 de la nueva Ley, ha sido derogado en forma tácita.

En atención a los términos de su consulta se concluye que a partir del vencimiento del plazo de 180 días establecidos en la disposición Transitoria Décima Séptima de la Ley Orgánica de Educación Superior, la Universidad Nacional de Loja, no debe seguir actuando con el cogobierno estudiantil del 50% establecido en el artículo 90 de su Estatuto; y, en el caso de los empleados y trabajadores con el cogobierno del 10%, sino que debió adecuar su Estatuto a la nueva Ley Orgánica de Educación Superior de manera que los organismos de gobierno de esa Universidad se integren en los porcentajes que disponen los artículos 60 y 62 de esa Ley.

2. El segundo inciso del artículo 6 del Estatuto Orgánico de la Universidad Nacional de Loja, cuya copia certificada se ha acompañado a la consulta, regula la integración de la Junta Universitaria como máximo organismo de gobierno de esa Universidad, prevé que “Actuarán como invitados los Presidentes de las Asociaciones Generales de docentes y empleados; el Presidente de la FEUE, filial de Loja; el Secretario General del Sindicato Único de Obreros “La Argelia” y los demás que se estime conveniente, según los asuntos a tratar...”.

El artículo 87 del Estatuto de la Universidad Nacional de Loja, garantiza la libertad de asociación de los docentes y reconoce a la Asociación General de profesores

de esa universidad, atribución para intervenir a través del Presidente o su delegado en los diferentes organismos de gobierno y colegiados o de dirección universitaria señalados en ese Estatuto.

En similar sentido, el artículo 88 del Estatuto reconoce como organismo de los obreros al Sindicato de obreros “La Argelia”, y prevé que “intervendrá a través del Secretario General o su delegado en los diferentes organismos de gobiernos y colegiados señalados en este Estatuto”. Respecto de los estudiantes, el artículo 89 del Estatuto prevé que: “La Universidad reconoce a organismo estudiantil Federación de Estudiantes Universitarios (FEUE), que actuará a través del Presidente o su delegado en los diferentes organismos de gobierno y colegiados o de dirección universitaria señalados en este Estatuto y Reglamentos”.

El informe del Procurador General de la Universidad Nacional de Loja, contenido en oficio No. 034-PG-UNL-2011 de 18 de enero de 2011, con respecto a esta consulta concluye que los gremios o asociaciones privadas ante los organismos de gobierno de esa Universidad, actúan por una disposición estatutaria, mas no por una disposición legal; en consecuencia, “la participación de los gremios como invitados se lo hará hasta que el Estatuto sea reformado”. Añade que a su criterio, en el próximo estatuto “no se debe permitir la participación de gremios o asociaciones, pues considero que los mismos ya están representados en el cogobierno”.

El Secretario Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, en oficio No. SENESCYT-DE-0010-2011 de 22 de marzo de 2011, manifiesta que “a partir de la publicación en el Registro Oficial de Ley (sic) Orgánica de Educación Superior estos gremios y asociaciones no pueden seguir participando en los organismos de cogobierno de la Universidad, en virtud que la LOES, establece los porcentajes de participación y como deben estar conformados los organismos colegiados de cogobierno de las universidades y escuelas politécnicas públicas y privadas...”.

El artículo 41 de la derogada Ley Orgánica de Educación Superior, preveía en forma expresa que los centros de educación superior garantizarían “la existencia de organizaciones gremiales en su seno”, con sus propios estatutos y la posibilidad de ser “cofinanciadas con recursos institucionales sujetos a los controles establecidos legalmente, para programas académicos o de capacitación”.

Si bien la vigente Ley Orgánica de Educación Superior no ha previsto la existencia de organizaciones gremiales, el derecho a asociarse está garantizado por el numeral 13 del artículo 66 de la Constitución de la República, así como respecto de los derechos de los jóvenes, por los artículos 39 y 45 inciso final *ibidem*.

Por otro lado, según el inciso segundo del artículo 6 del Estatuto Orgánico de la Universidad Nacional de Loja, que antes se transcribió, los representantes de los gremios de docentes, empleados, obreros y estudiantes, pueden intervenir únicamente como invitados ante los organismos de gobierno, es decir que no los integran y por tanto no participan en ellos con derecho a voto.

En atención a los términos de su segunda consulta se concluye que los gremios y asociaciones de profesores, estudiantes y obreros y trabajadores, pueden seguir siendo reconocidos por los Estatutos de la Universidad Nacional de Loja, en atención al derecho de asociación garantizado por el numeral 13 del Art. 66 de la Constitución, y si bien podrían participar como invitados en los organismos de gobierno de esa Universidad si los Estatutos lo prevén, a partir de la promulgación de la vigente Ley Orgánica de Educación Superior, no podrán tener representación ante los organismos de gobierno de esa Universidad, en virtud de la integración de los organismos de gobierno universitarios, dispuesta en los artículos 60 y 62 de la actual Ley Orgánica de Educación Superior.

3. El informe del Procurador General de la Universidad Nacional de Loja, contenido en oficio No. 091-PG-UNL-2011 de 14 de febrero de 2011, remitido en atención a nuestro pedido, concluye manifestando que: “Las decisiones adoptadas por los organismos de gobierno de la Universidad Nacional de Loja, son legítimas pues éstas han sido tomadas por los órganos de gobierno integrados legítimamente bajo el amparo de la antigua Ley de Educación Superior, cuya organización e integración será renovada en el mes de agosto de 2011, bajo los parámetros de la nueva Ley Orgánica de Educación Superior”.

En oficio No. SENESCYT-DE-0010-2011 de 22 de marzo de 2011, el Secretario Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, expone que “todo lo actuado con anterioridad a la fecha de publicación en el Registro Oficial de la Ley Orgánica de Educación Superior, son legítimas, (sic) pero obligatoriamente todas las instituciones que conforman el Sistema de Educación Superior deberán adecuar su estructura orgánica funcional, académica, administrativa, financiera y estatutaria a las disposiciones del nuevo ordenamiento jurídico”. Agrega que: “En el caso de resoluciones y actos administrativos actuados con posterioridad

a la fecha de publicación en el Registro Oficial de la Ley Orgánica de Educación Superior son ilegítimas”.

De conformidad con el artículo 46 de la vigente Ley Orgánica de Educación Superior, para el ejercicio del cogobierno, corresponde a las universidades y escuelas politécnicas definir y establecer órganos colegiados de carácter académico y administrativo, cuya organización, integración, deberes y atribuciones constarán en sus respectivos estatutos y reglamentos.

El artículo 63 *ibídem*, dispone en su segundo inciso que las decisiones de los órganos de cogobierno que no estén integrados de conformidad con esa Ley serán nulas y no tendrán efecto jurídico alguno; y, que será responsabilidad de la primera autoridad ejecutiva de la universidad o escuela politécnica, velar por la integración legal de los órganos de cogobierno.

La integración de los órganos colegiados es determinante de su competencia como uno de los requisitos de validez de sus actos.

Conforme se analizó al atender su primera consulta, la Disposición General Primera de la vigente Ley Orgánica de Educación Superior y su Disposición Transitoria Décima Séptima, prevén que todas las instituciones que conforman el Sistema de Educación Superior adecuarán su estructura orgánica funcional, académica, administrativa, financiera y estatutaria a las disposiciones de la nueva Ley, y reformarán sus estatutos en el plazo de 180 días, contados a partir de la promulgación de esa Ley.

En consecuencia, durante el plazo de 180 días que establece la citada Transitoria Décima Séptima de la vigente Ley Orgánica de Educación Superior, las decisiones de los órganos colegiados de la Universidad Nacional de Loja, integrados en la forma establecida en sus Estatutos adoptados de conformidad con la derogada Ley Orgánica de Educación Superior, son válidas. Una vez vencido dicho plazo, la integración de dichos órganos colegiados se deberá realizar en armonía con la nueva Ley.

En atención a una consulta formulada por la Universidad Nacional de Chimborazo, sobre la prorroga de funciones del rector y vicerrectores, en pronunciamiento contenido en oficio No. 148 de 22 de diciembre de 2010, este Organismo concluyó que en virtud de que la Disposición Transitoria Décima Séptima de la Ley Orgánica de Educación Superior, confiere un plazo máximo de 180 días,

para que las universidades y escuelas politécnicas adecuen sus estatutos a las normas de la nueva Ley Orgánica citada el rector y vicerrectores, permanecerán en sus funciones por el período máximo establecido en la Disposición Transitoria mencionada, tiempo en el cual la Universidad reformará sus estatutos y convocará a elecciones con sujeción al nuevo marco legal que rige la educación superior en el país. Y por tanto “las actuaciones de las autoridades de la Universidad tendrán valor durante el período máximo determinado por la Disposición Transitoria Décima Séptima de la Ley Orgánica de Educación Superior, esto es, ciento ochenta días”.

En atención a los términos de su tercera consulta, y considerando exclusivamente la integración de los órganos colegiados de gobierno de esa Universidad y no las decisiones que hubieren expedido, se concluye que las resoluciones y actos administrativos que hubieren adoptado dentro del plazo de 180 días contados a partir de la promulgación de la nueva Ley Orgánica de Educación Superior, establecido por su Transitoria Décima Séptima, son válidos. Vencido dicho plazo, los órganos colegiados deberán integrarse en la forma prevista en la nueva Ley, y de no hacerlo sus actos serán nulos y no tendrán efecto, según lo dispone el inciso segundo del artículo 63 de la vigente Ley Orgánica de Educación Superior.

Este organismo no se pronuncia con respecto a los demás requisitos de validez de las resoluciones adoptadas por los órganos colegiados de la Universidad Nacional de Loja, sino exclusivamente sobre aquello que ha sido materia de consulta, referido a su integración.

OF. PGE. N°: 01593, de 29-004-2011

VACACIONES: TIEMPO DE ACUMULACIÓN Y PAGO POR CESACIÓN DE FUNCIONES

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN DE ARAJUNO

CONSULTA:

“¿Si por necesidad institucional y por ser puestos de nivel de asesoría se puede negar las vacaciones y disponer la compensación por vacaciones no gozadas?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 66 num. 2) y 229.

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 3 num. 2, 4, 14, 23 lit. g), 24, 29 y 32.

Ley de Modernización del Estado Art. 31.

Reglamento de la LOSCCA Art. 36 (derogado).

PRONUNCIAMIENTO:

En el informe jurídico institucional que se acompaña al oficio que contesto, el Procurador Síndico del Municipio de Arajuno, manifiesta que el Alcalde como máxima autoridad y ejecutivo del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Arajuno, ha nombrado a varios funcionarios y empleados para que realicen actividades administrativas y de asesoría. Se agrega en el mencionado informe, que el Alcalde, como máxima autoridad municipal es el competente para conceder las vacaciones anuales a los empleados municipales; pero que, por la necesidad institucional de contar con varios empleados, éstas vacaciones fueron negadas, por lo que el señor Alcalde dispuso el pago por vacaciones no gozadas a los mencionados funcionarios; sin embargo, la Dirección Financiera del Municipio de Arajuno, de conformidad con el Art. 29 de la Ley Orgánica del Servicio Público, negó la petición del referido pago.

Con fundamento en el Art. 29 de la Ley Orgánica del Servicio Público, el Procurador Síndico del Municipio de Arajuno, manifiesta que el derecho establecido en el mencionado artículo no podrá ser compensado en dinero, y que la máxima autoridad institucional municipal deberá conceder las vacaciones anuales a todos y cada uno de los servidores municipales de conformidad a un cronograma elaborado por la “Unidad de Administración del Talento Humano” y concluye que: “no es procedente indemnizar por vacaciones no gozadas a los empleados municipales, salvo el caso de cesación de funciones en que se liquidarán las vacaciones no gozadas de acuerdo al valor percibido”.

Con estos antecedentes contesto la consulta formulada, en los siguientes términos:

Según lo prescriben los incisos primero y segundo del Art. 229 de la Constitución de la República, son servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público; y agrega que los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. Los mismos términos de la disposición constitucional invocada, han sido recogidos por el Art. 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010, aplicable a las entidades que integran el

régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales, de conformidad con el Art. 3, numeral 2 de la Ley referida.

El Reglamento de la derogada Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 2474, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 505 de 17 de enero de 2005, disponía en su artículo 36 que: “Las vacaciones se concederán en la fecha prevista en el calendario y únicamente la autoridad competente, por razones de servicio y de común acuerdo con el servidor, podrá suspenderlas y diferirlas para otra fecha dentro del mismo período. El servidor hará uso de vacaciones, obligatoriamente, en períodos de al menos quince días, de manera ininterrumpida, por cada año”.

Del texto del invocado artículo se desprende que con anterioridad a la Ley Orgánica del Servicio Público, el Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, admitía la suspensión de las vacaciones de los servidores públicos por “razones de servicio y de común acuerdo con el servidor”.

La vigente Ley Orgánica del Servicio Público, en el artículo 23 letra g), prescribe que el derecho a gozar de vacaciones es irrenunciable, mientras que la letra n), del artículo citado, dispone como derecho de los servidores públicos, el no ser discriminado, ni sufrir menoscabo ni anulación del reconocimiento o goce en el ejercicio de sus derechos. Por su parte, la letra m) del Art. 24 de la Ley *ibídem*, prohíbe a las servidoras y los servidores públicos, el “negar las vacaciones injustificadamente a las servidoras y servidores públicos”.

De los artículos en mención se desprende que la Ley Orgánica del Servicio Público otorga el derecho a gozar de vacaciones, la categoría de irrenunciable, en razón de que el derecho al descanso y al ocio están incluidos en el numeral 2 del Art. 66 del Capítulo Sexto de Constitución de la República, referentes a los Derechos de Libertad, el cual expresa: “Se reconoce y garantiza a las personas:... 2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios”.

Sin embargo, el uso de la palabra “injustificadamente” en la letra m) del artículo 24 de la LOSEP, da a entender que a la inversa, las vacaciones si pueden ser negadas “justificadamente”.

Por lo tanto, para que se justifique la negativa al goce de vacaciones al servidor por parte de la autoridad competente, ésta debe fundamentarse en una necesidad real de servicio debidamente motivada de conformidad con el Art. 31 de la Ley de Modernización del Estado, que prescribe que todos los actos emanados de los órganos del Estado deberán ser motivados.

Por su parte, el Art. 29 de la Ley del Servicio Público, dispone:

“Artículo 29.- Vacaciones y permisos.- 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”.

Del texto del artículo citado, se desprende que el mismo admite que el derecho a vacaciones pueda ser acumulado hasta por 60 días y ser compensado en dinero, acumulación que no sería posible sin una negativa justificada de la autoridad competente.

Esta Procuraduría, en oficio No. 17860 de 9 de diciembre de 2010, en atención a una consulta formulada por el Ministerio de Relaciones Laborales, ya se ha pronunciado en el sentido de que: “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”.

Por tanto, en contestación a los términos de la consulta planteada, la autoridad nominadora del Municipio de Arajuno, justificadamente y por necesidad institucional, podrá postergar las vacaciones de los servidores nombrados por el Municipio de Arajuno, para realizar actividades administrativas y de asesoría y diferirlas para otra fecha dentro del mismo período. Si subsiste la imposibilidad

de diferir para otra fecha del mismo período, las vacaciones de los servidores que hayan sido negadas, podrán acumularse hasta por dos períodos, esto es por sesenta días, según lo establece el Art. 32 de la Ley Orgánica del Servicio Público, sin que sea procedente la compensación económica de vacaciones no gozadas, ya que esta compensación se aplica exclusivamente para los casos de cesación definitiva de funciones, por disposición expresa del artículo 29 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

OF. PGE. N°: 00930, de 17-03-2011

VEHÍCULOS: RESTRICCIÓN PARA LA ADQUISICIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO NACIONAL DE DISCAPACIDADES

CONSULTAS:

1. “Si la palabra restricción es aplicable únicamente a los vehículos que requieren de características especiales y que están detallados en el Art. 2 inciso tercero del Reglamento Sustitutivo de Adquisición de Vehículos para someterse la entidad, habida cuenta de que de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española ‘el término restricción puede utilizarse en diferentes ámbitos, sin embargo en la mayoría de estos implicará lo mismo; una limitación o una reducción ya sea natural o impuesta según corresponda”.

2. “Sírvese indicar de qué manera el término Restricción se aplicará en la adquisición de los dos vehículos que realizará el CONADIS”.

3. “De ser negativa la respuesta en cuanto a la adquisición; cuál será el procedimiento a seguir”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 35, 47, 48 y 341.

Código Orgánico de Finanzas Públicas Arts. 115 y 178.

Ley de Discapacidades Art. 6, 18 inc. segundo.

Reglamento Sustitutivo de Adquisición de Vehículos Arts. 2 inc. tercero y 4 num. 2.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. En el criterio jurídico de 5 de abril de 2011, anexo a su oficio, la doctora María Zambrano, Asesora Jurídica encargada del CONADIS, manifiesta que el

Lcdo. Lenín Moreno, Vicepresidente Constitucional de la República y Presidente del Directorio del CONADIS, en sesión celebrada el 1 de julio del 2010, “dispuso fortalecer el proceso de carnetización de las personas con discapacidad, a fin de que puedan hacerse acreedores a los beneficios contemplados en la Ley y los proyectos solidarios ‘Manuela Espejo’ y ‘Joaquín Gallegos Lara’, que ejecuta el Gobierno Nacional por intermedio de la Vicepresidencia de la República”.

Concluye la Asesora Jurídica del CONADIS manifestando que, en base a los normas constitucionales, legales y reglamentarias que ahí se citan, así como al Convenio suscrito entre el CONADIS y la Vicepresidencia de la República, “es procedente la adquisición de los dos automotores para el servicio y trabajo que realiza el CONADIS, puesto que se cuenta con la partida presupuestaria, la necesidad del requerimiento y el fin que se le va a dar a estos bienes; es decir el trabajo de campo que realizan las brigadas itinerantes de calificación y carnetización del CONADIS y sus Comisiones Provinciales a nivel urbano, urbano marginal y rural. Además es de considerar que el CONADIS no cuenta con este tipo de vehículos, los mismos que facilitarían el apoyo logístico y procurarían la movilización de estas brigadas”.

Según consta del Oficio Circular INCOP No. 559-2011 de 19 de enero de 2011, el Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública, comunica a todas las Entidades contratantes regidas por el Sistema Nacional de Contratación Pública, que las compras correspondientes de los vehículos catalogados deberán realizarse ingresando a la opción “Compras por Catálogo” en el portal www.compraspublicas.gob.ec; debiendo observar para el efecto lo que indican los respectivos convenios marco celebrados para cada caso.

De la Resolución No. RP-01-2011 de 15 de abril de 2011, anexo a su oficio, se desprende que el Director Ejecutivo del CONADIS, resuelve añadir en el Plan Anual de Contrataciones 2011 del Consejo Nacional de Discapacidades, entre otros, el proyecto de adquisición de dos vehículos (camionetas doble cabina 4X4); y, publicar dicha resolución, en el Portal de Compras Públicas.

Según el Convenio Marco de Cooperación Interinstitucional suscrito el 7 de febrero de 2011, entre el Consejo Nacional de Discapacidades “CONADIS” y la Vicepresidencia de la República, anexo a su oficio, en la cláusula segunda estipula que su objeto es: “Establecer políticas, estrategias administrativas y económicas de cooperación mutua entre la Vicepresidencia y el CONADIS para el apoyo al Fortalecimiento de la implementación de los programas y proyectos

que define y ejecuta la Vicepresidencia de la República, para beneficio de las personas con discapacidad del Ecuador”.

En la cláusula tercera del referido Convenio, estipula que para el cumplimiento de su objetivo, las partes asumen los siguientes compromisos:

“La Vicepresidencia de la República se compromete a:

- Proporcionar el soporte político, económico, de recursos humanos y logístico, para el cumplimiento del objeto del presente convenio.

El CONADIS se compromete a:

- Apoyar en la coordinación, de los programas y proyectos que ejecuta la Vicepresidencia de la República.
- Apoyar con recursos humanos, técnicos y logísticos para el cumplimiento del objetivo propuesto”.

En la cláusula cuarta del citado Convenio, relacionado con los proyectos específicos, se estipula que el Convenio se desarrollará entre otros ejes de acción, con la calificación y carnetización de personas con discapacidad en todo el país; selección y calificación de beneficiarios de vivienda urbano marginal y rural; recuperación de casos de la Misión Solidaria Manuela Espejo, de preferencia en el sector rural; supervisión y seguimiento del bono Joaquín Gallegos Lara, para implementar el buen uso de este beneficio.

La Constitución de la República, en el artículo 35 prescribe que las personas con discapacidad, entre otras que ahí se especifican, “recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado”.

El artículo 47 de la citada Constitución, establece que el Estado garantizará políticas de prevención de las discapacidades y, de manera conjunta con la sociedad y la familia, procurará la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad y su integración social.

El artículo 48 de la referida Carta Constitucional, expresa que el Estado adoptará a favor de las personas con discapacidad medidas que aseguren: “1. la inclusión social, mediante planes y programas estatales y privados coordinados, que fomenten su participación política, social, cultural, educativa y económica”.

El artículo 341 de la indicada Constitución, dispone que el Estado generará las condiciones para la protección integral de sus habitantes a lo largo de sus vidas, que aseguren los derechos y principios reconocidos en la Constitución, en particular la igualdad en la diversidad y la no discriminación, “y priorizará su acción hacia aquellos grupos que requieran consideración especial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia, o en virtud de su condición etaria, de salud o de discapacidad”.

De las referidas normas constitucionales, se desprende que es obligación del Estado, garantizar políticas de prevención en beneficio de los discapacitados, y adoptar medidas que aseguren su inclusión social, mediante planes y programas estatales y privados.

La Ley de Discapacidades, en el artículo 6 determina que compete al CONADIS: “...b) Planificar acciones que permitan el fortalecimiento de los programas de prevención de discapacidades, atención e integración de las personas con discapacidad”.

El inciso segundo del artículo 18 de la mencionada Ley, dispone que el Consejo Nacional de Discapacidades podrá conformar equipos para la calificación de personas con discapacidad, en zonas geográficas que no cuenten con unidades autorizadas. Agrega, los incisos cuarto y quinto, que una vez calificadas las personas con discapacidad deberá inscribirse en el Registro Nacional de Discapacidades y obtener el carné del Consejo Nacional de Discapacidades, documento que será suficiente para acogerse a los beneficios de esa Ley y para todo trámite en los sectores público y privado, salvo los casos en que la Ley determine otros requisitos.

Conforme a las citadas normas legales, corresponde al CONADIS planificar acciones destinadas al fortalecimiento de programas de prevención, atención e integración de personas con discapacidad; para lo cual, pueden conformar equipos para calificar a dichas personas en zonas geográficas que no cuenten con unidades autorizadas.

El artículo 2 del “Reglamento Sustitutivo de Adquisición de Vehículos para las Instituciones del Estado”, establece:

“Requerimiento vehicular.- Toda Institución del Estado podrá adquirir vehículos bajo los requerimientos de renovación o incremento del parque automotor.

Para que proceda el requerimiento de renovación de vehículos, previamente la entidad deberá contar con el informe que justifique tal acción.

Solo en el caso de vehículos de aplicación especial y en aquellos que se requieran para el mantenimiento de los sistemas de redes eléctricas, telefónicas, de agua potable, de alcantarillado, de obras públicas; y, los que sean indispensables para atender casos de emergencia y para mantener la continuidad y regularidad de los servicios públicos, así como los que por razones de seguridad sean blindados o vayan a ser blindados se podrá incrementar sin restricción el parque automotor”.

El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, 25^a Edición, Tomo VII, (pág. 207) define el término “Restricción” en los siguientes términos: “Limitación. II Disminución de facultades o derechos. II Escasez o rebaja en la provisión de ciertos productos o alimentos. II Consumo reducido que por necesidad o previsión se establece en épocas de guerra y otras varias anormales de índole económica, sanitaria o distinta clase”.

Del referido artículo 2 del Reglamento Sustitutivo de Adquisición de Vehículos para las Instituciones del Estado, se desprende que la Institución del Estado puede adquirir vehículos bajo requerimientos de renovación o incremento del parque automotor, debiendo para el efecto, contar previamente con el informe que justifique dicha acción; en tanto que, la Institución del Estado que realice las actividades que se describen en el inciso tercero del citado artículo 2, pueden incrementar el parque automotor sin restricción o limitación alguna.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, se concluye que el término “restricción” es aplicable a los casos descritos en el inciso primero y segundo del artículo 2 del Reglamento de Adquisición de Vehículos para las Instituciones del Estado.

2. El inciso tercero del artículo 2 del “Reglamento Sustitutivo de Adquisición de Vehículos para las Instituciones del Estado” dispone:

Solo en el caso de vehículos de aplicación especial y en aquellos que se requieran para el mantenimiento de los sistemas de redes eléctricas, telefónicas, de agua potable, de alcantarillado, de obras públicas; y, los que sean indispensables para atender casos de emergencia y para mantener la continuidad y regularidad de los servicios públicos, así como los que por razones de seguridad sean blindados o vayan a ser blindados se podrá incrementar sin restricción el parque automotor”.

Conforme al inciso tercero del artículo 2 del Reglamento antes referido, se desprende que la Institución del Estado que realice las actividades que ahí se describen, pueden adquirir vehículos sin restricción alguna. En otras palabras, las necesidades institucionales que respondan a los casos mencionados en el inciso tercero del referido artículo 2, permiten a la Institución del Estado adquirir vehículos sin limitación alguna.

Según indica en su consulta, el Consejo Nacional de Discapacidades, dentro del Plan Anual de Adquisiciones 2011, ha presupuestado con la partida denominada vehículos el valor de USD 50.000,00 “para la adquisición de dos vehículos tipo camionetas de producción nacional, las mismas que van a ser utilizadas en trabajos de campo en los sectores rurales de las provincias de Guayas y Manabí para transportar al personal técnico del CONADIS –médico, psicólogo, trabajador social-, entre otros, con la finalidad de atender y cumplir con el proceso de calificación y carnetización a las personas con discapacidad que por su limitación física se vean impedidas de trasladarse a las Comisiones Provinciales de Discapacidades”.

En relación con los vehículos para realizar trabajos de campo en los sectores rurales, cabe tener presente, que el “Reglamento Sustitutivo de Adquisición de Vehículos para las Instituciones del Estado”, en el artículo 4 dispone que para homologar el parque automotor estatal, la clasificación de los vehículos se establecerá, entre los casos que ahí se especifican, por: “...2. Trabajo de Campo.- Estos vehículos requieren soportar caminos de tercer orden o que estén sometidos a regímenes de trabajo externo, o su área de operación sea asignada en el área rural, con un motor hasta 3.500 cc y todo terreno, que estén destinados a usuarios en general, que sean de producción nacional”; y demás especificación técnicas que ahí se detallan.

Por lo expuesto, en atención a su consulta, el término “Restricción” para la adquisición los dos vehículos 4x4 referidos en la consulta, corresponde a la obtención previa del informe que justifique dicho requerimiento y a la observancia de las características o restricciones técnicas determinadas en el numeral 2 del Art. 4 del referido “Reglamento Sustitutivo de Adquisición de Vehículos para las Instituciones del Estado” que establece un cilindraje máximo de 3.500cc, fabricación nacional, tipo de combustible gasolina/diesel, tipo de transmisión manual de 5 velocidades y tracción motriz de 4x2/4x4.

3. Según manifesté en la segunda consulta, el CONADIS puede adquirir los dos vehículos 4x4 referidos en la consulta, siempre y cuando cuente previamente con el informe que justifique dicho requerimiento, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 2 del citado Reglamento; se cuente con la respectiva certificación y disponibilidad presupuestaria para dicha adquisición, conforme los artículos 115 y 178 del Código Orgánico de Finanzas Públicas; y se observe para dicha adquisición, la normativa prevista en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General, así como las disposiciones que para tal efecto, emita el INCOP, considerando además las características o restricciones técnicas determinadas en el numeral 2 del Art. 4 del referido “Reglamento Sustitutivo de Adquisición de Vehículos para la Instituciones del Estado” que establece un cilindraje máximo de 3.500cc, fabricación nacional, tipo de combustible gasolina/diesel, tipo de transmisión manual de 5 velocidades y tracción motriz de 4x2/4x4.

OF. PGE. N°: 02589, de 29-06-2011

VIÁTICOS, SUBSISTENCIAS, DIETAS Y TELEFONÍA CELULAR: MIEMBROS DE CUERPOS COLEGIADOS

ENTIDAD CONSULTANTE: SECRETARÍA NACIONAL DE EDUCACIÓN SUPERIOR, CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN

CONSULTAS:

“¿Cuál es el alcance del apoyo logístico que debería proporcionar la SENESCYT al CES, para el cumplimiento de sus deberes y obligaciones?”.

¿El apoyo logístico se podría entender, el cubrir los gastos de: movilización, viáticos, subsistencia, dietas, telefonía celular de conformidad con la normativa vigente, para la Presidente y Miembros del CES; y, personal de apoyo, así como equipos y suministros de oficina, y otros, para el cumplimiento de sus deberes y obligaciones?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 353.

Ley Orgánica de Educación Superior Arts. 166, 168 y 169.

Código Civil Art. 18 regla 2.

Ley Orgánica de Servicio Público Art. 123 y 125; y, 250, 259, 260, 261, 262 y 264 de su Reglamento.

Reglamento para Uso de Telefonía Móvil Celular del Sector Público Art. 3.
Régimen de Transición de la Ley Orgánica de Educación Superior Disps. Primera y Segunda.

PRONUNCIAMIENTO:

Tanto la consulta como el informe jurídico que se ha acompañado a ella, contenido en memorando No. SEN-AL-MI 2085 de 4 de marzo de 2011, citan los artículos 33 y 66 de la Constitución de la República, que reconoce al trabajo como un derecho y un deber social, y prohíbe el trabajo gratuito o forzoso.

El informe jurídico cita además el artículo 353 de la Constitución de la República, norma que dispone que el sistema de educación superior se regirá por un organismo público de planificación, regulación y coordinación interna del sistema y de la relación entre sus distintos actores con la Función Ejecutiva, que es el Consejo de Educación Superior; y, un organismo público técnico de acreditación y aseguramiento de la calidad de las instituciones, carreras y programas que es el Consejo de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior.

Agrega que el artículo 166 de la Ley Orgánica de Educación Superior dispone que el Consejo de Educación Superior (CES) es “el organismo de derecho público con personería jurídica, con patrimonio propio, independencia administrativa, financiera y operativa, que tiene por objetivo la planificación, regulación y coordinación interna del Sistema de Educación Superior, y la relación entre sus distintos actores con la Función Ejecutiva y la sociedad ecuatoriana...”.

Añade que las Disposiciones Primera y Segunda del Régimen de Transición de la Ley Orgánica de Educación Superior, determinan la integración provisional del Consejo de Educación Superior, que desempeñará exclusivamente labores de certificación de documentos; y, que es el organismo que reemplaza al extinguido CONESUP.

El informe jurídico cita finalmente, el artículo 168 de la Ley Orgánica de Educación Superior, que dispone que los miembros del Consejo cobrarán dietas, de conformidad con el reglamento interno; y, concluye que considerando que la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, por mandato de la Ley Orgánica de Educación Superior, debe garantizar de manera obligatoria la infraestructura necesaria y apoyo logístico requeridos

por el Consejo de Educación Superior, para el cumplimiento de sus deberes y obligaciones, es su criterio que “el apoyo logístico consiste en pagar los gastos que comprende movilización, sea ésta por vía aérea o terrestre, pago de viáticos, subsistencia, dietas por sesión, para el Presidente y Miembros del CES, personal de apoyo y demás requerimientos que se enmarquen dentro de sus actividades, para el cumplimiento de sus deberes y obligaciones”.

Para el análisis de su consulta es pertinente considerar que mediante Decreto Ejecutivo No. 1829, se expidieron las Disposiciones Normativas para Reorganizar el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología, creado mediante Decreto Supremo No. 3811 de 7 de agosto de 1979, publicado en el Registro Oficial No. 9 de 23 de agosto de 1979.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 723, publicado en el Registro Oficial No. 213 de 16 de noviembre de 2007, se sustituyó el inciso primero del artículo 7 del Decreto Ejecutivo 1829 y se dispuso que la Secretaría Nacional de Ciencia y Tecnología SENESCYT, es una entidad adscrita a la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo-SENPLADES- que para fines técnicos, administrativos, operativos y financieros, ejercerá sus funciones y atribuciones de manera independiente y desconcentrada.

El artículo 182 de la Ley Orgánica de Educación Superior, confiere a la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación (SENESCYT), atribución para ejercer la rectoría del sistema de educación superior; dicha norma dispone:

“Art. 182.- De la Coordinación del Sistema de Educación Superior con la Función Ejecutiva.- La Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, es el órgano que tiene por objeto ejercer la rectoría de la política pública de educación superior y coordinar acciones entre la Función Ejecutiva y las instituciones del Sistema de Educación Superior. Estará dirigida por el Secretario Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación de Educación Superior, designado por el Presidente de la República. Esta Secretaría Nacional contará con el personal necesario para su funcionamiento”.

Con respecto al Consejo de Educación Superior, el artículo 166 de la citada Ley Orgánica de Educación Superior, dispone que es un organismo de derecho público con personería jurídica, con patrimonio propio, independencia administrativa,

financiera y operativa, que tiene por objetivo la planificación, regulación y coordinación interna del Sistema de Educación Superior, y la relación entre sus distintos actores con la Función Ejecutiva y la sociedad ecuatoriana; dicho organismo tiene sede en la capital de la República según el inciso final del mismo artículo.

De conformidad con el artículo 167 *ibídem*, el Consejo de Educación Superior estará integrado por los siguientes miembros:

- a) Cuatro representantes del Ejecutivo que serán: el Secretario Nacional de Educación Superior, Ciencia Tecnología e Innovación; el Secretario Técnico del Sistema Nacional de Planificación o su delegado; el Ministro que dirija el Sistema Educativo Nacional o su delegado; el Ministro que dirija la Política de Producción o su delegado;
- b) Seis académicos elegidos por concurso público de merecimientos y oposición. Estos seis integrantes deberán cumplir los mismos requisitos necesarios para ser Rector universitario o politécnico; y,
- c) Un representante de las y los estudiantes que participará en las sesiones con voz”.

El artículo 168 de la misma Ley, establece el procedimiento de elección de los seis académicos que integran el Consejo de Educación Superior mediante concurso público de méritos y oposición, organizado por el Consejo Nacional Electoral. El inciso final de esa norma dispone que: “Los miembros del Consejo cobrarán dietas, de conformidad con el reglamento interno”.

Entre las atribuciones que el artículo 169 de la Ley Orgánica de Educación Superior, confiere al Consejo de Educación Superior, consta la siguiente: “r) Elaborar y aprobar su presupuesto anual”.

La Disposición Segunda del Régimen de Transición de la Ley Orgánica de Educación Superior, establece:

“Segunda.- El Consejo de Educación Superior es el organismo que reemplaza al CONESUP de acuerdo a las disposiciones y funciones establecidas en la presente Ley.

A partir de la vigencia de la presente Ley, el patrimonio y las asignaciones del Consejo Nacional de Educación Superior (CONESUP), pasarán a la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, la que

garantizará de manera obligatoria la infraestructura necesaria y apoyo logístico requeridos por el Consejo de Educación Superior para el cumplimiento de sus deberes y obligaciones”.

De las normas citadas se desprende que el artículo 166 de la Ley Orgánica de Educación Superior creó el Consejo de Educación Superior (CES) como un organismo con personería jurídica y patrimonio propio, que reemplaza al CONESUP, según la Disposición Segunda del Régimen de Transición de esa Ley y cuyo presupuesto debe ser aprobado por el mismo Consejo de Educación Superior, de conformidad con la letra r) del artículo 169 de la citada Ley Orgánica de Educación Superior, con sujeción al Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y al sistema nacional de finanzas públicas, que el artículo 70 de dicho Código establece.

De otra parte, de conformidad con el inciso final del artículo 168 de la Ley Orgánica de Educación Superior, anteriormente citado, los miembros del Consejo de Educación Superior deben percibir dietas.

El Régimen de Transición de la referida Ley Orgánica, en su Disposición Segunda ha ordenado que el patrimonio del extinguido CONESUP pase a la SENESCYT, estableciendo adicionalmente la obligación de dicha Secretaría, de garantizar al Consejo de Educación Superior, tanto la infraestructura, como el apoyo logístico que este requiera para el cumplimiento de sus deberes.

De acuerdo a la Disposición Segunda del Régimen de Transición de la Ley Orgánica de Educación Superior, la SENESCYT es el órgano que reemplaza al CONESUP y por lo tanto el patrimonio del CONESUP pasa a la SENESCYT, siendo éste un patrimonio distinto del perteneciente al Consejo de Educación Superior, previsto en el artículo 166 de la Ley Orgánica de Educación Superior. Toda vez que el legislador no ha definido lo que debe entenderse por el “apoyo logístico” que la SENESCYT está obligada a dar al Consejo de Educación Superior, de conformidad con la Disposición Segunda del Régimen Transitorio que establece la Ley Orgánica de Educación Superior, dichos términos deben ser inteligenciados en su sentido natural, de conformidad con la regla 2 de artículo 18 del Código Civil, esto es “según el uso general de las palabras”.

La palabra “apoyar”, está definida por el Diccionario de la Lengua Española, como ayudar, “hacer que una cosa descanse sobre otra” y “logística”, como el

conjunto de medios y métodos necesarios para llevar a cabo la organización de una empresa, o de un servicio.

En consecuencia, la SENESCYT debe atender los requerimientos de apoyo logístico del Consejo de Educación Superior, hasta que el Consejo disponga de presupuesto propio aprobado en la forma que establece el Código Orgánico de Planificación y Finanzas.

Para efectos de definir el alcance del apoyo logístico que la SENESCYT debe proporcionar al Consejo de Educación Superior, se considera que de conformidad con el inciso final del artículo 168 de la Ley Orgánica de Educación Superior, los miembros de dicho Consejo deben percibir dietas; y, que, según el artículo 125 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), “Aquellos miembros, que no percibieren ingresos del Estado y que fueran designados como representantes o vocales a 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”.

El artículo 123 de la LOSEP prevé que la reglamentación para el reconocimiento y pago de viáticos, movilizaciones y subsistencias, será expedida mediante Acuerdo del Ministerio de Relaciones Laborales de conformidad con la Ley.

Por su parte, el artículo 259 del Reglamento General a la LOSEP, dispone que cuando un servidor público se desplace a cumplir tareas oficiales en reuniones, conferencias, visitas de observación o a desempeñar actividades propias de su puesto, dentro o fuera del país se le reconocerá los correspondientes viáticos, subsistencias, alimentación, gastos de movilización y/o transporte por el tiempo que dure los servicios desde la fecha de salida hasta el retorno en razón de las tareas oficiales cumplidas.

El artículo 260 *ibidem*, define al viático como: “el estipendio monetario o valor diario que por necesidades de servicios institucionales, reciben las y los servidores públicos destinado a sufragar los gastos de alojamiento y alimentación que se ocasionen durante el cumplimiento de servicios institucionales cuando por la naturaleza del trabajo, deban pernoctar fuera de su domicilio habitual de trabajo...”.

Las subsistencias, según el artículo 261 del Reglamento a la LOSEP, consiste en el estipendio monetario o valor destinado a sufragar los gastos de alimentación

de los servidores cuando tengan que cumplir servicios institucionales derivados de sus funciones y tengan que desplazarse fuera de su lugar habitual de trabajo por un tiempo superior a 6 horas, y el viaje de ida y de regreso se efectúe el mismo día, desde la salida del lugar habitual de trabajo hasta su retorno.

El artículo 262 del mismo Reglamento, define a la movilización, como el gasto en el que incurren las instituciones, por la movilización de los servidores públicos, cuando se trasladen dentro o fuera de su domicilio habitual para cumplir servicios institucionales y se lo realizará sin perjuicio de que el servidor se encuentre recibiendo o no viático, subsistencias o alimentación.

Los citados artículos 260, 261 y 262 del Reglamento a la LOSEP, concuerdan al disponer que, en caso de que la institución corra directamente con algunos de estos gastos, se descontarán del viático o subsistencia conforme la reglamentación que expida mediante Acuerdo del Ministerio de Relaciones Laborales. El artículo 264 *ibídem*, prevé como disposición común en esta materia que se regirá por los Acuerdos que expida el Ministerio de Relaciones Laborales.

Por tanto, en atención a los términos de su consulta se concluye que, el alcance del apoyo logístico que la SENESCYT está obligada a dar al Consejo de Educación Superior, de conformidad con la Segunda Disposición del Régimen Transitorio de la Ley Orgánica de Educación Superior, está referido a aquellos gastos directamente relacionados con el funcionamiento del Consejo de Educación Superior, de manera que esté en condiciones de cumplir las atribuciones que la ley le ha conferido.

En consecuencia, el apoyo logístico, puede incluir los equipos y suministros de oficina que se requieran para que el Consejo de Educación Superior pueda cumplir sus funciones; y, los recursos que el Consejo requiera para el pago de remuneraciones a su personal de apoyo, y las dietas que corresponden a sus miembros, de conformidad con el inciso final del artículo 168 de la Ley Orgánica de Educación Superior y 125 de la Ley Orgánica del Servicio Público, así como los gastos de movilización, subsistencias o viáticos, según el caso, cuando los miembros del Consejo tuvieren que cumplir actividades oficiales fuera de su lugar habitual de trabajo, de conformidad con el artículo 259 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público.

Se considerarán las disposiciones que en materia de viáticos, subsistencias y movilización, constan en los artículos 260 a 264 del Reglamento General a la

Ley Orgánica de Educación Superior, y se observará el Acuerdo del Ministerio de Relaciones Laborales, que reglamente esa materia, de conformidad con el artículo 123 de la Ley Orgánica del Servicio Público. Hasta entonces, se aplicará el “Reglamento para el Pago de Viáticos, Movilizaciones, Subsistencias y Alimentación para el cumplimiento de Licencia de Servicios Institucionales”, publicado en el Registro Oficial No. 575 de 22 de abril del 2009.

Con respecto a la procedencia de cubrir gastos de telefonía celular en que incurran los miembros del Consejo de Educación Superior, en ejercicio de sus funciones, se aplicará el Reglamento para Uso de Telefonía Móvil Celular del Sector Público, que en su artículo 3 determina la tabla de funcionarios y los límites de gasto autorizados por tal concepto y dispone que: “En las instituciones y entidades cuyo gobierno y administración esté a cargo de cuerpos colegiados, se entenderá como máxima autoridad al Presidente del Directorio o al Director Ejecutivo”.

OF. PGE. N°: 01881, de 19-05-2011

VICEALCALDE: PERÍODO DE DURACIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN DE LOJA

CONSULTA:

“¿Cuál es el período que debe cumplir el Vicealcalde, tomando en consideración que fue electo el 31 de julio del 2009?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 238 y 253.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 3, 57 lit. o), 61, 317 y Dips. Trans. Quinta, Sexta y Séptima.

Ley Orgánica de Régimen Municipal Art. 79 (derogada).

PRONUNCIAMIENTO:

Al oficio de consulta se anexa copia del criterio jurídico de la Procuradora Síndica Municipal que consta en el oficio No. 0357- AJM- 2011 de 10 de mayo de 2011, quien expresa lo siguiente:

“Con fecha treinta y uno de julio del 2009, en la sesión inaugural el Concejo Cantonal de Loja, se designa al Lic. Ismael Betancourt, como Vicealcalde del

cantón Loja. Según la Disposición Séptima que consta en la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, que he citado, el período que en calidad de Vicealcalde le corresponde cumplir, finaliza el 29 de julio de 2011. Al término de este periodo debe realizarse una nueva elección, tanto de vicealcalde como de los miembros de las comisiones legislativas municipales. De conformidad con la normativa citada arriba inmediatamente, estos terminarán su gestión a la culminación o finalización del periodo en el cual fueron elegidos en el proceso electoral del 14 de junio del 2009”.

Concluye manifestando el criterio jurídico de la Procuradora Síndica Municipal que: “de conformidad a lo que establece el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Art. 57, literal o), que expresa lo siguiente: Elegir de entre sus miembros al vicealcalde o vicealcaldesa del gobierno autónomo descentralizado municipal, culminado el período para el cual fue elegido – 29 de julio del 2011 – la entidad edilicia debe proceder a realizar una nueva elección de vicealcalde, así como de los miembros de las comisiones legislativas municipales”.

La Constitución de la República, en el Art. 238 dispone que los Gobiernos Autónomos Descentralizados gozarán de autonomía política, administrativa y financiera; y, agrega, que constituyen gobiernos autónomos descentralizados, entre otros, los concejos municipales.

El Art. 253 de la indicada Carta Constitucional, prevé que cada cantón tendrá un concejo cantonal, que estará integrado por el alcalde y los concejales elegidos por votación popular, entre quienes se elegirá un vicealcalde. Añade que, el alcalde será su máxima autoridad administrativa y lo presidirá con voto dirimente.

La Ley Orgánica de Régimen Municipal, vigente a la fecha de elección del Vicealcalde del cantón Loja, derogada posteriormente por el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en el Art.79 disponía que el concejo debía elegir de su seno un Vicepresidente que duraría dos años en sus funciones y que podía ser reelegido; y añadía que, al Vicepresidente le eran aplicables sus disposiciones concernientes al Alcalde cuando hiciera sus veces.

El vigente Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en el Art. 57 letra o) dispone que es atribución del Concejo

Municipal, elegir de entre sus miembros al vicealcalde del gobierno autónomo descentralizado municipal.

El Art. 61 del indicado Código Orgánico, prevé que el vicealcalde es la segunda autoridad del gobierno autónomo descentralizado municipal elegido por el Concejo Municipal de entre sus miembros. Agrega que su designación no implica la pérdida de la calidad de concejal o concejala; y que, reemplazará al Alcalde o Alcaldesa en caso de ausencia y en los casos expresamente previstos en la Ley.

El Art. 317 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en relación con la sesión inaugural, dispone que los integrantes de los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados, una vez acreditada su calidad de tales por el Consejo Nacional Electoral, se instalarán en sesión inaugural convocada por el ejecutivo electo del correspondiente gobierno autónomo en la sede respectiva, de acuerdo con la ley que regula los procesos electorales; y que, de existir quórum, declarará constituido al órgano legislativo, procediendo los concejos regionales, concejos metropolitanos y municipales a elegir de entre sus miembros a la segunda autoridad del ejecutivo del correspondiente gobierno, de acuerdo con el principio de paridad entre mujeres y hombres en donde fuere posible.

La Ley Orgánica Reformativa a la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, regula la situación de los Vicealcaldes, entre otros, los que fueron elegidos antes de la vigencia del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, disponiendo en el Art. 3 que a continuación de la Disposición Transitoria Quinta, se agreguen las Disposiciones Transitorias Sexta y Séptima.

La Disposición Transitoria Séptima, que está relacionada con la consulta formulada por usted, dispone lo siguiente:

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

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

Por lo expuesto, teniendo en cuenta que la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, establece que el período para el que fueron nombrados los Vicealcaldes culmina a los dos años de su elección, y que al término de dicho período deberá realizarse una nueva elección de los mismos, se concluye que el Vicealcalde del cantón Loja, electo el 31 de julio de 2009, debe cumplir el período de dos años de su elección, debiendo efectuarse la elección del nuevo Vicealcalde, el 31 de julio de 2011, lo cual es atribución propia de dicho Concejo Municipal, en ejercicio de las facultades que le confieren la letra o) del Art. 57 y el Art. 61 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización que quedaron citados.

OF. PGE. N°: 02379, de 20-06-2011