

BOLETÍN JURÍDICO

NÚMERO 13

JULIO A DICIEMBRE 2014



Dr. Diego García Carrión
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Dr. Rafael Parreño Navas
SUBPROCURADOR GENERAL DEL ESTADO



Boletín Jurídico
Número 13

DIRECCIÓN NACIONAL DE ASESORÍA JURÍDICA INSTITUCIONAL

ELABORACIÓN Y PUBLICACIÓN
Subdirección de Asesoría Jurídica

REVISIÓN DE IMAGEN, DIFUSIÓN Y DISTRIBUCIÓN
Unidad de Comunicación Social

FUENTE
Dirección Nacional de Consultoría

Procuraduría General del Estado
Av. Amazonas N° 39-123 y Arízaga, Edif. Amazonas Plaza
Teléfono: 022 941 300
Quito - Ecuador

Portal web: www.pge.gob.ec

PRESENTACIÓN

La Procuraduría General del Estado es un organismo público, con autonomía administrativa y presupuestaria. Dentro de sus funciones se establece la absolución de consultas a las instituciones u organismos del Estado, según dispone la Constitución de la República.

La presente publicación que ponemos en conocimiento de la ciudadanía, recopila absoluciones de consultas de diversas instituciones del Estado, como de empresas públicas y gobiernos autónomos descentralizados que se han generado durante el período comprendido entre Julio y Diciembre de 2014, destacando asuntos tratados y resueltos como: terminaciones unilaterales de contratos, regímenes laborales, inmuebles, entre otros.

Este Boletín Jurídico también estará disponible en el portal web: www.pge.gob.ec de la Procuraduría General del Estado, como un producto de nuestro trabajo jurídico y constante siempre en beneficio del Estado Ecuatoriano.

Dr. Diego García Carrión
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	3
ABREVIATURAS	7
ADQUISICIÓN POR PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA: Inmuebles que se encuentren en posesión material de buena fe	11
ALUMBRADO PÚBLICO: Iluminación de bienes y espacios públicos de los gobiernos autónomos municipales	16
ASAMBLEA DEL SISTEMA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA: Máxima instancia de decisión	27
CONSTRUCCIONES EDIFICADAS: Normas reglamentarias de protección contra incendios, deben cumplir con las medidas de seguridad	36
CONTRATISTAS INCUMPLIDOS: Terminación unilateral del contrato	42
CONTRATOS DE SEGUROS: Terminación unilateral y anticipada	48
CONVENIO POSTAL UNIVERSAL: Recategorización, responsabilidad y multas a los operadores postales	54
DESAHUCIO: Liquidación de vacaciones no gozadas y subrogación o encargo	67
DISCAPACITADOS: Rebajas en el valor del consumo de servicio público	79
DOCENTE UNIVERSITARIO: Inhabilidad de ejercer docencia por destitución de cargo público	86
EMPRESAS PÚBLICAS: Régimen Laboral personal administrativo y obrero	92

EXPROPIACIÓN:	
Ocupación de predios declarados en utilidad pública	108
FONDOS ASIGNADOS A LAS PARROQUIAS RURALES:	
Inversión en las circunscripciones territoriales	117
JUBILACIÓN PATRONAL:	
Código del Trabajo	125
JUBILACIÓN VOLUNTARIA:	
Servidores calificados como investigadores	131
LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN:	
Jefe del Cuerpo de Bomberos	138
MUNICIPALIDAD:	
Autorización de Declaratoria de Propiedad Horizontal	150
MUNICIPALIDADES:	
Competencias para invertir en estudios u obras de infraestructura deportiva -Prestación de Servicios Públicos-	157
OPERADORES ECONÓMICOS SUJETOS A SU CONTROL:	
Denuncia maliciosa y temeraria	171
PAGO DE REMUNERACIÓN COMPLETA:	
Sin cumplir la totalidad del mes trabajado	180
PERMISO DE ESTUDIO:	
Pasantías	186
REPARACIÓN DE DERECHOS VULNERADOS:	
Reclamos Administrativos, asegurador y asegurado	193
RESIDENCIA TEMPORAL EN GALÁPAGOS:	
Cálculo de viáticos	203
ZONA FRANCA:	
Tributos de usuarios a través de una póliza de garantía aduanera	212

ABREVIATURAS

ACUERDO MINISTERIAL	A.M.
ARTÍCULO	Art.
ASOCIACIÓN DE MUNICIPALIDADES DEL ECUADOR	AME
BANCO DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL	BIESS
CÓDIGO ORGÁNICO DE ORGANIZACIÓN TERRITORIAL, AUTONOMÍA Y DESCENTRALIZACIÓN	COOTAD
CONSEJO DE EDUCACIÓN SUPERIOR	CES
CONSEJO DE EVALUACIÓN, ACREDITACIÓN Y ASEGURAMIENTO DE LA CALIDAD DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR	CEAACES
CONSORCIO DE GOBIERNOS AUTÓNOMOS PROVINCIALES DEL ECUADOR	CONGOPE
DECRETO EJECUTIVO	D.E.
DECRETO SUPREMO	D.S.
DIRECCIÓN NACIONAL DE SERVICIOS EDUCATIVOS	DINSE
DISPOSICIÓN GENERAL	Disp. Gen.
DISPOSICIÓN TRANSITORIA	Disp. Trans.
EMPRESA PÚBLICA ESTRATÉGICA CORPORACIÓN ELÉCTRICA DEL ECUADOR	CELEC EP
EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE ASEO	EMASEO EP
EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE GESTIÓN INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS	EMGIRS EP

EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE MOVILIDAD Y OBRAS PÚBLICAS	EPMMOP
EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE PORTOVIEJO	EPMAPAP
EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE ASEO DE MACHALA	EMAM EP
EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE TELECOMUNICACIONES, AGUA POTABLE ALCANTARILLADO Y SANEAMIENTO DE CUENCA	ETAPA, EP
EMPRESA PÚBLICA PROVINCIAL DE VIVIENDA	COVIPROV E.P.
IMPUESTO AL VALOR AGREGADO	IVA
IMPUESTOS A LOS CONSUMOS ESPECIALES	ICE
INSTITUTO ECUATORIANO DE CRÉDITO EDUCATIVO Y BECAS, IECE	IECE
INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL	IESS
INSTITUTO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	INCOP
INSTITUTO PARA EL ECODESARROLLO REGIONAL AMAZÓNICO.	ECORAE
LEY ORGÁNICA DE EDUCACIÓN SUPERIOR	LOES
LEY ORGÁNICA DEL RÉGIMEN ESPECIAL PARA LA CONSERVACIÓN Y DESARROLLO SUSTENTABLE DE LA PROVINCIA DE GALÁPAGOS	LOREG
LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO	LOSEP
LITERAL	lit.
MINISTERIO DE INDUSTRIAS Y PRODUCTIVIDAD	MIPRO
NUMERAL	Num.
NÚMERO	N°
OFICIO	Of.

ORDENANZA	O.
PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO	PGE
REGISTRO OFICIAL	R.O.
REGISTRO OFICIAL SUPLEMENTO	R.O.S.
REGISTRO ÚNICO DE PROVEEDORES	RUP
RESOLUCIÓN.	Res.
SERVICIO NACIONAL DE ADUANA DEL ECUADOR	SENAE
SISTEMA DE INFORMACIÓN DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN	SIME
SISTEMA NACIONAL DE FINANZAS PÚBLICAS	SINFIP
UNIVERSIDAD AGRARIA DEL ECUADOR	UAE

ADQUISICIÓN POR PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA: INMUEBLES QUE SE ENCUENTREN EN POSESIÓN MATERIAL DE BUENA FE

OF. PGE. N°: 18454 de 15-08-2014

ENTIDAD CONSULTANTE: Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Nobol

CONSULTA:

“Si a fin de legitimar la posesión que mantiene el GAD Municipal del Cantón Nobol, del predio donde ha edificado su sede administrativa y funciona por más de cinco años (21 años 10 meses específicamente), es procedente o no aplicar la disposición contenida en el art. 27 de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, por cuanto en el citado artículo por mandato de esta ley dicen que pasarán a ser de propiedad de los posesionarios, y cuál es su procedimiento y trámite a seguir, toda vez que no existe otra disposición que especifique su trámite, vía o reglas procedimentales”.

BASES LEGALES:

Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana, Art. 27.

Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por la Iniciativa Privada, Art. 64.

Res. CSJ. N° 2 R.O. N° 536 de 27-02-2009, regla el procedimiento aplicable, Arts. 1 lits. a), b), c); 2 y 3.

Código Civil, Arts. 603, 705, 2392, 2393, 2396 y 2397.

PRONUNCIAMIENTO:

El artículo 27 de la Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 144 de 18 de agosto de 2000, sobre cuya aplicación trata su consulta, agregó a continuación del artículo 64 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por la Iniciativa Privada, un artículo cuyo tenor es el siguiente:

“Art. 27.- A continuación del artículo 64, agréguese el siguiente:

Los bienes inmuebles que estén en posesión material de buena fe, no interrumpida, de las instituciones del Estado por más de cinco años, y que carecieren de títulos de propiedad legalmente inscritos a nombre de dichas instituciones, pasarán, por mandato de esta Ley, a ser de propiedad de las posesionarias. Los registradores de la propiedad de los

cantones en los que dichos inmuebles se hallaren ubicados inscribirán las transferencias de dominio, previo auto que, al efecto, expedirán los jueces competentes, a petición de parte’ ”.

El informe del Procurador Síndico Municipal, contenido en oficio No. 171-SIN-014 de 23 de junio de 2014, cita el artículo 27 de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana y manifiesta:

“(…) esta disposición legal establece según mi criterio los siguientes elementos para que la entidad posesionaria proceda a requerir la transferencia:

- a) Que los bienes de que trata esta disposición, estén en posesión material de buena fe;
- b) Que la posesión sea no interrumpida;
- c) Que estén en poder o posesión de la entidad pública por más de cinco años;
- d) Que carecieren de título inscrito a nombre de la entidad pública;
- e) Que dicha posesión sea transferida por vía judicial por los jueces competentes”.

Y, concluye el informe del Procurador Síndico en el siguiente sentido:

“(…) de acuerdo a lo analizado y a los elementos que contiene la disposición legal antes citada, soy del criterio que es aplicable la misma a la Municipalidad del Cantón Nobol, toda vez que, esta se encuentra en posesión material, de buena fe y no interrumpida, por más de cinco años (esto es, desde Agosto de 1992), de un área de terreno, que es de propiedad de los herederos Sonnenholzner Villegas, de la que no tiene título, ni a modo de donación, venta o expropiación, ni de ninguna especie, sobre el que ha ejercido y ejerce actos de dominio y señorío, con ánimo de dueño, inclusive en él ha edificado el palacio municipal en el que ejerce sus actividades administrativas de gobierno, siendo esto además público y notorio. Por otra parte, cuando dice la disposición que los Registradores de la Propiedad ‘inscribirán las transferencias de dominio, previo auto que, al efecto, expedirán los jueces competentes, a petición de parte’ deja en claro que el procedimiento no se ventilará como en un juicio ordinario ni verbal sumario, sino de tipo sumario, rápido, porque se inicia con la petición de la entidad y concluye con el auto del juez que lo ordena, y es este auto el que se inscribe y constituye el título de transferencia a favor de la entidad, según mi criterio, siempre que se reúnan las condiciones que se especifican en la misma norma legal”.

El artículo 27 de la Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana sobre cuya aplicación trata la consulta, se

refiere a inmuebles que estén en posesión material de instituciones de Estado, sin título de dominio registrado a su nombre, respecto de los cuales esa norma dispone que “(...) pasarán, por mandato de esta Ley, a ser de propiedad de las posesionarias”, para cuyo efecto prevé que los Registradores inscriban el dominio a nombre de las instituciones públicas posesionarias, previo auto que deben expedir los jueces competentes a petición de la respectiva entidad.

Las dudas sobre la aplicación de la referida disposición legal, motivaron en su momento la expedición de la Resolución No. 2 de la entonces Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 536 de 27 de febrero de 2009, que regla el procedimiento aplicable, en los siguientes términos:

“Art. 1.- Las causas que se presentaren con sustento en la disposición legal invocada en el considerando que antecede, se sustanciarán mediante demanda ante el Juez de lo civil competente del cantón en donde se halle ubicado el inmueble de propiedad particular que la entidad pública pretende adquirir en propiedad por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, para obras y/o servicios públicos, con sujeción al siguiente procedimiento:

- a) El Juez aceptará a trámite la demanda siempre que se adjuntare a la misma el certificado del registrador de la propiedad que acredite que tal bien raíz se halla registrado como de propiedad del demandado, salvo el caso del inciso siguiente, y se presente prueba que acredite el cumplimiento de los presupuestos fácticos determinados en aquella disposición, esto es, que la entidad demandante se encuentre en posesión material del inmueble que pretende adquirir en propiedad por más de cinco años, en forma no interrumpida y de buena fe; y, dispondrá la citación al demandado concediéndole el término de quince días para su contestación;
- b) En caso de no contestarse la demanda y de considerar que se han probado sus fundamentos, el Juez dictará auto aceptando la reclamación, y ordenando su protocolización e inscripción; y,
- c) De no haberse probado los fundamentos de la demanda, la rechazará.

Tratándose de inmuebles urbanos no inscritos en el registro de la propiedad, lo que se probará con el certificado correspondiente, la demanda se dirigirá contra la respectiva municipalidad; y en el caso de predios rurales que se hallaren en la misma circunstancia, se estará a lo dispuesto en las leyes de Desarrollo Agrario y Tierras Baldías y Colonización.

Art. 2.- Si comparece el demandado oponiéndose, se tramitará la causa en juicio ordinario, a partir de la contestación de la demanda.

Las partes podrán interponer los recursos procesales previstos en la ley.

Art. 3.- Esta resolución con el carácter de generalmente obligatoria, registrará a partir de su publicación en el Registro Oficial”.

De acuerdo con el artículo 2397 del Código Civil, “Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de los consejos provinciales, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo”.

Según los artículos 603 y 2392 del Código Civil, la prescripción es un modo de adquirir el dominio “(...) por haberse poseído las cosas”; ésta última norma, en su primer inciso dispone:

“Art. 2392.- Prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales (...)”.

Concordante, el artículo 705 *Ibidem*, dispone:

“Art. 705.- Siempre que por una sentencia ejecutoriada se reconociere como adquirido por prescripción el dominio o cualquier otro de los derechos mencionados en los artículos 702 y siguientes, servirá de título esta sentencia, y se inscribirá en el respectivo registro o registros”.

Resulta pertinente considerar que, el artículo 2393 del Código Civil prescribe imperativamente que: “El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla. El juez no puede declararla de oficio”.

Es decir que según los artículos 2392 y 2397 del Código Civil, el Estado y sus instituciones pueden adquirir por prescripción el dominio de inmuebles ajenos, por haber poseído el bien durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales; no obstante, según el artículo 2393 *Ibidem*, la prescripción requiere declaración judicial a petición de parte, pues dicha norma impide que el juez pueda declararla de oficio.

Los requisitos específicos para que el Estado y sus instituciones adquieran por prescripción bienes inmuebles que ha estado en su

posesión material de buena fe ininterrumpida por más de cinco años, son los establecidos por el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 64 de la Ley de Modernización del Estado, por el artículo 27 de la Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana, transcrito en los antecedentes, según el cual dichos requisitos consisten en que la entidad pública se encuentre en posesión material del inmueble, de buena fe, no interrumpida y por más de cinco años.

El procedimiento judicial aplicable para que la entidad pública poseionaria pueda adquirir el dominio del inmueble mediante prescripción, consta establecido en la Resolución No. 2 de la extinguida Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 536 de 27 de febrero de 2009, que antes se transcribió.

De la revisión de las disposiciones contenidas en el vigente Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) se evidencia que el citado cuerpo legal no contiene ninguna disposición aplicable a la materia objeto de su consulta.

En atención a la consulta se concluye que, de acuerdo con los artículos 2393 y 2397 del Código Civil y 27 de la Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana, las entidades públicas pueden adquirir por prescripción adquisitiva, inmuebles ajenos de los que se encuentren en posesión material de buena fe, no interrumpida y por más de cinco años, mediante el procedimiento judicial reglado por la Resolución No. 2 de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 536 de 27 de febrero de 2009.

Al efecto, la entidad deberá presentar su demanda ante el Juez civil del lugar en que esté ubicado el inmueble, acompañada del certificado del registrador de la propiedad que acredite que el bien raíz se halla registrado como de propiedad del demandado y prueba que acredite el cumplimiento de los presupuestos establecidos por el artículo 27 de la Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana; una vez sustanciada la causa y probados sus fundamentos, compete al órgano judicial aceptar o no la reclamación mediante la emisión del auto correspondiente; y, en caso de que la resolución del órgano judicial sea favorable a la entidad pública demandante ordenar la protocolización de dicha providencia y su inscripción en el Registro correspondiente.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de la norma contenida en el artículo 27 de la Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana.

ALUMBRADO PÚBLICO: ILUMINACIÓN DE BIENES Y ESPACIOS PÚBLICOS DE LOS GOBIERNOS AUTÓNOMOS MUNICIPALES

OF. PGE. N°: 19523 de 12-11-2014

ENTIDAD CONSULTANTE: Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Loja

CONSULTAS:

“¿La responsabilidad ‘del diseño, provisión de materiales, construcción, operación y mantenimiento, reposición de los sistemas de alumbrado público ornamental e intervenido’ debe ser cumplida por los municipios, cuando de la aplicación del artículo 54 y 55 del COOTAD, esta no ha sido atribuida a este nivel de gobierno, como tampoco consta en ley orgánica alguna?”.

“¿Es procedente que el Consejo Nacional de Electricidad, CONELEC, atribuya responsabilidades a los municipios, cuando de la aplicación del artículo 13 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico no se otorga esta facultad a esta entidad encargada de elaborar planes para el desarrollo de la energía eléctrica, en concordancia con el artículo 132, numeral 4 de la Constitución?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 132 núm. 4; 226, 260, 264 núm. 8), 273 y 425.

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

Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, Arts. 5, 6, 55 lits. g) y h), 114, 116, 126, 415 y 417 lits. b) y c).

Ley de Régimen del Sector Eléctrico, Arts. 4, 12 y 13 lit. a).

Ley del Deporte, Educación Física y Recreación, Art. 93.

Res. No. 5 del CONELEC, publicada en el Registro Oficial No. 356 de 17 de octubre de 2012.

PRONUNCIAMIENTOS:

Me refiero a su oficio No. 000433 de 26 de agosto de 2014, ingresado el 3 de septiembre del presente año, por el que formuló a la Procuraduría General del Estado dos consultas relacionadas con la provisión del servicio de alumbrado público ornamental e intervenido.

Con oficio No. 18748 de 9 de septiembre de 2014, de conformidad con el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, este Organismo solicitó a la Municipalidad de Loja reformular los términos de las consultas de manera que traten sobre la inteligencia o aplicación de una norma jurídica y remitir en texto independiente el criterio jurídico del Procurador Síndico, conteniendo un análisis de las normas y la posición institucional respecto a cada una de las consultas reformuladas.

A fin de contar con mayores elementos de análisis, con oficios Nos. 18749 y 18750 de 9 de septiembre de 2014, este Organismo solicitó el criterio institucional del Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas y del Director Ejecutivo del Consejo Nacional de Electricidad, respectivamente, sobre los temas materia de consulta.

Con oficios Nos. 000522 y 000523 de 24 de septiembre de 2014, ingresados el 25 de septiembre del presente año, la Municipalidad de Loja replanteó sus consultas y remitió en texto separado el criterio jurídico del Procurador Síndico. Sin embargo, en virtud de que no se habían reformulado los términos de la primera consulta inicialmente contenida en oficio No. 000433 de 26 de agosto de 2014, esta Procuraduría con oficio No. 19006 de 1 de octubre de 2014 insistió en el requerimiento realizado con oficio No. 18748 de 9 de septiembre de 2014, a fin de que se reformulen los términos de la primera consulta con relación a la inteligencia o aplicación de una norma jurídica y se adjunte el respectivo criterio del Procurador Síndico.

Adicionalmente, mediante oficios Nos. 19007 y 19008 de 1 de octubre de 2014, se insistió en los requerimientos formulados al Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas y Director Ejecutivo del Consejo Nacional de Electricidad.

Con oficio No. 481-DE-411-DAJ-2014 de 3 de octubre de 2014, ingresado el 3 de octubre del presente año, el Director Ejecutivo de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, ha remitido el criterio institucional de esa entidad, respecto de las materias objeto de las consultas planteadas por la Municipalidad de Loja.

Por su parte, mediante oficio No. CONELEC-DE-2014-1532-OF de 13 de octubre de 2014, ingresado el 15 de octubre del presente año, el Director Ejecutivo Interino del Consejo Nacional de Electricidad ha remitido el criterio institucional de esa entidad sobre los temas materia de consulta.

Finalmente, con oficio No. 00660 de 17 de octubre de 2014, ingresado el 20 de octubre del presente año, la Municipalidad de Loja, en atención

a nuestros requerimientos, ha reformulado su primera consulta y ha remitido el criterio del Procurador Síndico.

El informe del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, contenido en oficio No. 1623-PSM-2014 de 17 de octubre de 2014, cita la Regulación CONELEC 8/2011, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 636 de 8 de febrero de 2012 (que como se verá más adelante fue recientemente derogada y sustituida), que asignaba a los municipios la responsabilidad del diseño, provisión de materiales, construcción, operación y mantenimiento, reposición de los sistemas de alumbrado público ornamental e intervenido, esto es aquel que se refiere a la iluminación de zonas como parques, plazas, iglesias y monumentos.

La Regulación CONELEC 8/2011, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 636 de 8 de febrero de 2012, a la que alude la consulta y el informe del Procurador Síndico, fue derogada mediante Resolución del CONELEC No. 5, publicada en el Registro Oficial No. 356 de 17 de octubre de 2014, que contiene la vigente Regulación sobre prestación del servicio de alumbrado público general y sobre cuya base se efectuará el análisis en el presente pronunciamiento.

El informe del Procurador Síndico cita adicionalmente los artículos 132 numeral 4, 226 y 273 de la Constitución de la República que prevén en su orden, que se requiere ley para atribuir deberes, responsabilidades y competencias a los gobiernos autónomos descentralizados, que las instituciones del Estado ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley y que las competencias que asuman los gobiernos autónomos descentralizados serán transferidas con los correspondientes recursos; así como, el artículo 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), que establece las competencias exclusivas de los municipios. Sobre dicha base concluye:

“De acuerdo con el principio de legalidad, el Municipio de Loja, mal puede cumplir con ‘responsabilidades’ que no estén estipuladas mediante Ley Orgánica, ni tampoco funciones, competencias o responsabilidades que no hayan sido determinadas en la Constitución y la ley, en este último caso las señaladas en los artículos (sic) 54 y 55 del COOTAD. Precisamente porque el ejercicio de las competencias (entes públicos) nace de la Constitución y las leyes”.

Respecto de la segunda consulta, el criterio del Procurador Síndico, contenido en oficio No. 1452-PSM-2014 de 22 de septiembre de 2014, cita los artículos 132 de la Constitución de la República, que prevé que se requiere ley para asignar competencias y responsabilidades a los

gobiernos autónomos descentralizados y 13 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, que establece las funciones del CONELEC, entre ellas regular el sector eléctrico (letra a) y dictar regulaciones que determinen la Ley y los reglamentos (letra e); y, concluye:

“Por lo tanto, si este texto Supremo, señala que para establecer responsabilidades a los Municipios sólo puede hacerse mediante LEY y, el único ente autorizado para la expediciones de leyes es la Asamblea Nacional, mal puede cualquier otro organismo de derecho público, como el CONELEC, atribuir responsabilidades a los Municipios; menos cuando no posee autorización legal para hacerlo, de acuerdo a sus facultades establecidas en el artículo 13 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico y orden expresa del artículo constitucional 132, num.4”.

Por su parte, el Director Ejecutivo de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas cita entre otras normas, los artículos 264 de la Constitución de la República y 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), que establecen las competencias exclusivas de las municipalidades y manifiesta:

“La Constitución de 2008 establece que, el Ecuador se gobierna de manera descentralizada; un nuevo modelo de descentralización caracterizado por algunos elementos: se definen competencias exclusivas por niveles de gobierno, incluido el nivel nacional; se reconoce la existencia de competencias concurrentes, adicionales y residuales (privativas) que alimentarán el proceso de descentralización; se establece una nueva institucionalidad responsable del proceso de descentralización, el Consejo Nacional de Competencias, integrado por representantes de la Función Ejecutiva y de los GADs; la descentralización es obligatoria, definitiva y la transferencia de competencias se realiza de manera progresiva, en el entendido de que no se transfiere la competencia exclusiva sino que el Consejo Nacional de Competencias regulará y establecerá la capacidad operativa y el costero (debió decir costeo) de la competencia”.

Cita adicionalmente, el artículo 116 del COOTAD que en el contexto de las competencias de los distintos niveles de gobierno, define los conceptos de las facultades de rectoría, planificación, regulación, control y gestión; y, finalmente, el artículo 425 de la Constitución de la República que establece el orden jerárquico de aplicación de las normas. Sobre dicha base concluye:

“Por tanto, ¿cómo se deben considerar a las ordenanzas que desarrollan las competencias exclusivas, dentro del orden jerárquico de las normas previsto en el Art. 425 de la Constitución de la República? aplicando la

disposición arriba referida deberían estar a continuación de las leyes ordinarias, de ahí que, la legislación infraconstitucional de carácter inferior a las leyes ordinarias, no se vuelven vinculativos ni obligatorios para los Gobiernos Municipales en el tema de las competencias exclusivas, además de que irrumpen en la autonomía municipal prevista en el Art. 5 del COOTAD en armonía con el Art. 6 del referido cuerpo de leyes”.

El Director Ejecutivo del Consejo Nacional de Electricidad (CONELEC), cita el artículo 226 de la Constitución de la República que establece el principio de legalidad y los artículos 12 y 13 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico que confieren a esa entidad, entre otras atribuciones, la de regular el sector eléctrico ecuatoriano y respecto de las consultas formuladas por la Municipalidad de Loja, expone un solo criterio institucional, que es del siguiente tenor:

“(…) se solicitó el pronunciamiento de la Coordinación Nacional de Regulación del Sector Eléctrico, dependencia que, con Memorando No. CONELEC-CNRSE-2014-0501-M de 26 de septiembre de 2014, emite su criterio respecto de la prestación del servicio de alumbrado público general y las responsabilidades de las entidades públicas y privadas involucradas, criterio con el cual comparte este Despacho, que en lo fundamental dice lo siguiente:

La Regulación No. CONELEC 008/11, ahora sustituida por la No. CONELEC 005/14, establece las características técnicas y económicas, que deben observar las empresas eléctricas de distribución para la prestación del servicio de alumbrado público general. El numeral 4.3. (Regulación 005/14), tiene como objeto aclarar a las distribuidoras que el alumbrado ornamental e intervenido, por sus características, no puede ser prestado bajo condiciones estandarizadas en cuanto al costo de los activos y a los niveles de iluminación, tal como lo exige la regulación del CONELEC para el alumbrado público general. Esto debido a la iluminación de parques, plazas y vías especiales como bulevares, malecones, entre otros, generalmente obedece a criterios estéticos, ornamentales y arquitectónicos, más que a criterios técnicos para iluminación eficiente proporcionada con activos estandarizados. Consecuentemente, el alumbrado público ornamental y el intervenido, al no poder ser prestado por las empresas eléctricas de distribución, bajo criterios técnicos y económicos normalizados y regulados por el CONELEC, su responsabilidad recae en quien administra y controla estos espacios públicos. En este contexto, la regulación no hace una determinación de competencia sino que señala las funciones y facultades de las empresas distribuidoras, especificándose el límite hasta donde éstas deben realizar la prestación y de esta forma evitar problemas con otras instituciones en el suministro de este servicio.

Finalmente, me permito recordar que la Administración del CONELEC, mantuvo reuniones de trabajo el 08 de noviembre de 2013 y el 27 de agosto de 2014, con el Presidente de la Asociación de Municipalidades del Ecuador, AME, quien mostró su predisposición para trabajar en coordinación con el Sector Eléctrico, en el marco del nuevo esquema para la prestación del servicio de alumbrado público’ ”.

Como antecedente resulta pertinente considerar que, sobre la aplicación de la actualmente derogada Regulación CONELEC 008/11, en pronunciamiento contenido en oficio No. 06574 de 23 de febrero de 2012, en su oportunidad atendí una consulta formulada por el Alcalde del Cantón Montufar, contenida en oficio No. 813-A-GMM de 8 de noviembre de 2011, que tuvo el siguiente tenor:

“¿El Gobierno Municipal de Montufar tiene la competencia legal para invertir en obras de electrificación? Sean estos:

- a. Alumbrado Público en Comunidades rurales (caminos públicos).
- b. Alumbrado Público en Parroquias Rurales.
- c. Alumbrado Público en el sector urbano (calles de la ciudad).
- d. Iluminación de canchas deportivas.
- e. Iluminación en parques y jardines (ornato de la ciudad).

En el caso de no estar facultados, ¿cómo deberíamos proceder si dentro del PAC del año 2011 se encuentran presupuestadas obras de electrificación y que fueron priorizadas en presupuestos participativos de los diferentes barrios y comunidades del cantón Montufar?”.

La referida Regulación CONELEC 008/11 del CONELEC, vigente al tiempo en que se expidió el pronunciamiento de la referencia, definía al servicio de alumbrado público en su acápite 3.1. como “(...) la iluminación de zonas, públicas o privadas, destinadas a la movilidad ornamentación y seguridad; incluye el alumbrado público general, ornamental e intervenido”.

Dicha Regulación conceptuaba al alumbrado público ornamental, en el acápite 3.3. como “(...) la iluminación de zonas como parques, plazas, iglesias, monumentos y todo tipo de espacios, cuya iluminación se aparta de los niveles establecidos en la presente regulación, dado que estos obedecen a criterios estéticos determinados por el Municipio o por el órgano estatal competente”; y, en el acápite 3.4. *Ibidem*, se definía el alumbrado público intervenido como “(...) la iluminación de vías que, debido a planes o requerimientos municipales, no cumplen los niveles de iluminación establecidos en la presente regulación y/o requieren de una infraestructura constructiva distinta de los estándares establecidos para el alumbrado público general”. En el acápite 4.3 asignaba a los

municipios el carácter de responsables del alumbrado ornamental e intervenido. Como se analizará más adelante, la vigente Regulación del CONELEC sobre alumbrado público (No. 5, publicada en el Registro Oficial No. 356 de 17 de octubre de 2014) contiene similares previsiones a las que han quedado citadas.

En mi pronunciamiento contenido en oficio No. 06574 de 23 de febrero de 2012, que ha quedado referido, sobre la base de las definiciones del Diccionario de la Lengua Española, se distinguieron los términos “electrificación” (acción y efecto de electrificar) e “iluminación” (acción y efecto de iluminar), a fin de precisar que la consulta de la Municipalidad del cantón Montufar se refería a obras de iluminación.

En dicho pronunciamiento se consideró que el artículo 314 de la Constitución de la República, prevé que el Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos, entre ellos los de energía eléctrica; que según el artículo 4 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, dicha Ley regula las actividades de generación de energía eléctrica y los servicios públicos de transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica; y, que la letra a) del artículo 13 de la misma Ley confiere al CONELEC, atribución para regular el sector eléctrico. Respecto a la gestión concurrente de competencias exclusivas, se analizaron las previsiones de los artículos 260 de la Constitución de la República y 126 del COOTAD, que en su orden prescriben:

Constitución de la República.

“Art. 260.- 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”.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

“Art. 126.- Gestión concurrente de competencias exclusivas.- El ejercicio de las competencias exclusivas establecidas en la Constitución para cada nivel de gobierno, no excluirá el ejercicio concurrente de la gestión en la prestación de servicios públicos. En este marco, salvo el caso de los sectores privativos, los gobiernos autónomos descentralizados podrán ejercer la gestión concurrente de competencias exclusivas de otro nivel, conforme el modelo de gestión de cada sector al cual pertenezca la competencia y con autorización expresa del titular de la misma a través de un convenio”.

Sobre dicha base normativa, en mi pronunciamiento contenido en oficio No. 06574 de 23 de febrero de 2012, concluí lo siguiente:

“Conforme el Art. 260 de la Constitución de la República, el ejercicio de las competencias exclusivas no excluirá el ejercicio concurrente en la prestación de servicios públicos y actividades de colaboración y complementariedad entre los distintos niveles de gobierno; la letra g) del Art. 55 del COOTAD entre las competencias exclusivas del gobierno autónomo descentralizado municipal señala planificar, construir y mantener los espacios públicos destinados al desarrollo social, cultural y deportivo, el Art. 126 del mismo Código, prescribe que el ejercicio de las competencias exclusivas no excluirá el ejercicio concurrente de la gestión en la prestación de servicios públicos, los gobiernos autónomos descentralizados podrán ejercer la gestión concurrente de competencias exclusivas de otro nivel; y, el Art. 93 de la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación, asigna a los gobiernos municipales la construcción y mantenimiento de infraestructura recreativa y que el apoyo al deporte barrial y parroquial será coordinado por medio de los gobiernos municipales quienes asignarán los recursos para su fomento, desarrollo e infraestructura.

(...) Por lo expuesto, se concluye que el Gobierno Municipal de Montufar está facultado para invertir en obras de iluminación como son alumbrado público ornamental e intervenido en esa jurisdicción cantonal, conforme los numerales 3.3. y 3.4. de la Regulación del CONELEC No. 008/11, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 636 de 8 de febrero de 2012.

Para tales fines, observará el numeral 4.3. de la Regulación del CONELEC No. 008/11, que responsabiliza a los Gobiernos Municipales bajo la coordinación previa de la Empresa Distribuidora, del diseño, provisión de materiales, construcción, operación, mantenimiento y reposición de los sistemas de alumbrado público ornamental e intervenido”.

La base constitucional y legal en las que se motivó mi pronunciamiento contenido en oficio No. 06574 de 23 de febrero de 2012, no han variado; por lo que para atender la actual consulta formulada por la Municipalidad de Loja, corresponde examinar la vigente Resolución del CONELEC No. 5, publicada en el Registro Oficial No. 356 de 17 de octubre de 2014, que contiene las regulaciones sobre la prestación del Servicio de Alumbrado Público General.

Las definiciones de alumbrado público y su clasificación en general, intervenido y ornamental, constan en los subnumerales 3.1 a 3.4 de la vigente Resolución No. 5 del CONELEC, y son las siguientes:

“3. DEFINICIONES

Las siguientes definiciones que se muestran servirán para la aplicación de la presente Regulación.

3.1 Alumbrado Público

Constituye la iluminación de vías y espacios públicos destinados a la movilidad y ornamentación. El alumbrado público se clasifica en: alumbrado público general, alumbrado público ornamental y alumbrado público intervenido.

3.2 Alumbrado Público General - APG

Es la iluminación de vías públicas, para tránsito de personas y/o vehículos. Excluye la iluminación de las zonas comunes de unidades inmobiliarias declaradas como propiedad horizontal, la iluminación pública ornamental e intervenida.

3.3 Alumbrado Público Intervenido

Es la iluminación de vías que, debido a planes o requerimientos específicos de los municipios, no cumplen los niveles de iluminación establecidos en la presente regulación y/o requieren de una infraestructura constructiva distinta de los estándares establecidos para el APG.

3.4 Alumbrado Público Ornamental

Es la iluminación de zonas como parques, plazas, iglesias, monumentos y todo tipo de espacios, que obedecen a criterios estéticos determinados por los municipios o por el órgano estatal competente”.

Las precitadas definiciones, de alumbrado ornamental e intervenido, son similares a las que constaban en la derogada Resolución 008/11 del CONELEC, que fue analizada en el pronunciamiento que ha quedado citado en los antecedentes.

De acuerdo con el acápite 4 de la vigente Resolución 005/14 del CONELEC, bajo el título ‘Involucrados en el Alumbrado Público’, la prestación del servicio de alumbrado público general requiere la intervención de varios actores, que son los siguientes: el CONELEC, las distribuidoras, los municipios y entidades responsables de espacios públicos, la policía nacional o autoridad de tránsito competente, los

consumidores del servicio eléctrico, los usuarios del sistema de alumbrado público general y el INEN.

Las responsabilidades de cada uno de los actores que intervienen en la prestación del servicio de alumbrado público, se establecen en el citado acápite 4, que respecto de las municipalidades prevé lo siguiente:

4. INVOLUCRADOS EN EL ALUMBRADO PÚBLICO

Las instituciones y personas que intervienen dentro de la prestación del SAPG, son:

(...) 4.3 Municipios y entidades responsables de espacios públicos

Responsables del diseño, provisión de materiales, construcción, operación y mantenimiento, reposición de los sistemas de alumbrado público ornamental e intervenido, de acuerdo a lo definido en el numeral 3 de la presente Regulación. Se exceptúa la responsabilidad de pago de esa energía, pues la misma se la incluirá como parte del SAPG”.

De lo hasta aquí expuesto se desprende que la vigente Resolución No. 5 del CONELEC, publicada en el Registro Oficial No. 356 de 17 de octubre de 2012, que regula la prestación del servicio de alumbrado público general, conserva en lo principal las definiciones de alumbrado público ornamental e intervenido, que constaban en la derogada Regulación 008/11.

A lo analizado en mi pronunciamiento resulta pertinente agregar que, la iluminación de espacios públicos que obedece a criterios estéticos específicos (no estandarizados) determinados por los municipios, según la definición de alumbrado público ornamental contenida en el subnumeral 3.4. de la vigente Regulación No. 5 del CONELEC, guarda armonía con las funciones de las municipalidades establecidas en el COOTAD.

El artículo 415 del COOTAD, dispone que son bienes de los gobiernos autónomos descentralizados aquellos sobre los cuales ejercen dominio; y, los clasifica en bienes de dominio privado y bienes de dominio público, a éstos últimos subdivide en bienes de uso público y bienes afectados al servicio público.

De acuerdo con las letras b) y c) del artículo 417 del mismo Código, son bienes de uso público las plazas, parques y demás espacios destinados a la recreación u ornato público y promoción turística, así como los

elementos y superficies accesorios de las vías de comunicación o espacios públicos a que se refiere el literal b), entre otros.

Bajo el título de “competencias exclusivas de los gobiernos municipales”, los artículos 264 numeral 8 de la Constitución de la República y 55 letras g) y h) del COOTAD, asignan a los municipios potestades en materia de preservación y mantenimiento del patrimonio arquitectónico, cultural y natural del cantón y la construcción de los espacios públicos para estos fines. Dichas normas, en su orden establecen:

Constitución de la República:

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

(...) 8. Preservar, mantener y difundir el patrimonio arquitectónico, cultural y natural del cantón y construir los espacios públicos para estos fines”.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización:

“Art. 55.- Competencias exclusivas del gobierno autónomo descentralizado municipal.- Los gobiernos autónomos descentralizados municipales tendrán las siguientes competencias exclusivas sin perjuicio de otras que determine la ley;

(...) g) Planificar, construir y mantener la infraestructura física y los equipamientos de salud y educación, así como los espacios públicos destinados al desarrollo social, cultural y deportivo, de acuerdo con la ley;

h) Preservar, mantener y difundir el patrimonio arquitectónico, cultural y natural del cantón y construir los espacios públicos para estos fines”.

Resulta pertinente considerar adicionalmente que, de acuerdo con el artículo 260 de la Constitución de la República que fue transcrito en los antecedentes, “(...) el ejercicio de las competencias exclusivas no excluirá el ejercicio concurrente de la gestión en la prestación de servicios públicos”, principio que se reitera por el artículo 114 del COOTAD que dispone:

“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”.

Del análisis jurídico efectuado en el presente se observa que, el alumbrado público es un servicio que consiste en la iluminación de vías públicas destinadas al tránsito de personas y vehículos, cuya prestación se efectúa en condiciones estandarizadas a nivel nacional y que compete a las distribuidoras de energía eléctrica; mientras que la iluminación de plazas, parques, monumentos, canchas deportivas y en general de espacios públicos destinados al desarrollo social, cultural y deportivo o que constituyan patrimonio arquitectónico del respectivo cantón, obedece a criterios estéticos y ornamentales, o a planes o requerimientos específicos (no estandarizados), determinados por la respectiva municipalidad, a ser aplicados en bienes de uso público que integran su patrimonio según los artículos 415 y 417 del COOTAD.

Por tanto, considerando que de acuerdo con los artículos 264 numeral 8 de la Constitución de la República y 55 letras g) y h) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, es competencia exclusiva de las municipalidades construir y mantener los espacios públicos destinados al desarrollo social, cultural y deportivo o que constituyan patrimonio arquitectónico del cantón, en atención a los términos de sus consultas se concluye que, corresponde a los municipios efectuar el diseño, provisión de materiales, construcción, operación, mantenimiento y reposición de los sistemas de alumbrado público ornamental e intervenido, destinados a la iluminación de bienes y espacios públicos que integran el patrimonio de los gobiernos autónomos municipales, debiendo aplicar al efecto la Resolución del CONELEC No. 5, publicada en el Registro Oficial No. 356 de 17 de octubre de 2014, que contiene la vigente Regulación sobre la prestación del servicio de alumbrado público general.

**ASAMBLEA DEL SISTEMA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA:
MÁXIMA INSTANCIA DE DECISIÓN**

OF. PGE. N°: 19152 de 15-10-2014

ENTIDAD CONSULTANTE: Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Montúfar

CONSULTA:

“¿De conformidad a lo establecido en el penúltimo inciso del artículo 304 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, es el ejecutivo de los gobiernos autónomos

descentralizados quien dirige la Asamblea del Sistema de Participación Ciudadana, como máxima instancia de decisión?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 100 y 253.

Ley Orgánica de Participación Ciudadana, Arts. 2 lits. a), b), f); 3 lit. g), 56, 58, 64 y 65.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 60 lits. a) y b), 41 lit. c), 54 lit. d), 64 lit. c), 302, 303 y 304.

PRONUNCIAMIENTO:

A fin de contar con mayores elementos para atender su petición, mediante oficios Nos. 18414, 18415, 18416 y 18417 de 12 de agosto de 2014, la Procuraduría General del Estado solicitó el criterio del Consejo Nacional de Gobiernos Parroquiales Rurales del Ecuador, Consorcio de Gobiernos Autónomos Provinciales del Ecuador, Consejo de Participación Ciudadana y Control Social y Asociación de Municipalidades Ecuatorianas AME, respectivamente, sobre el tema materia de su consulta.

Mediante oficio No. DE-2014-0252-Of. de 25 de agosto de 2014, ingresado a la Procuraduría General del Estado el 26 de los mismos mes y año, el Director Ejecutivo del Consorcio de Gobiernos Autónomos Provinciales del Ecuador CONGOPE, remite el informe jurídico contenido en el memorando No. DAJ-2014-096-M de 25 de agosto de 2014, suscrito por el Director de Asesoría Jurídica de dicha entidad, en el que se concluye lo siguiente:

“Por lo expuesto y tomando en consideración que ‘la facultad ejecutiva comprende el ejercicio de potestades públicas privativas de naturaleza administrativa bajo responsabilidad de gobernadores o gobernadoras regionales, prefectos o prefectas, alcaldes o alcaldesas cantonales o metropolitanos y presidentes o presidentas de juntas parroquiales rurales’; el ámbito ejecutivo de cada gobierno descentralizado es aquel donde la máxima autoridad ejerce sus funciones, las cuales están correspondientemente representadas por su ejecutivo; en tal sentido a criterio de esta Dirección, en el aludido caso, el Alcalde es quien dirige la Asamblea del Sistema de Participación Ciudadana; así mismo cabe resaltar que dicha Asamblea es la máxima instancia de decisión”.

La Asociación de Municipalidades del Ecuador AME, en atención al requerimiento formulado por la Procuraduría General del Estado, mediante oficio No. AME-DE-2014-0264 de 27 de agosto de 2014,

suscrito por su Director Ejecutivo e ingresado a esta Entidad el 28 de agosto del presente año, expresa la siguiente opinión institucional:

“Con los fundamentos de derecho expuestos con claridad y apegados a la normativa vigente, debo manifestarle que el criterio jurídico de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas es que el Sistema de Participación Ciudadana está integrado por autoridades electas, representantes del régimen dependiente y representantes de la sociedad de su ámbito territorial, mismos que son conformados por el Gobierno Autónomo Descentralizado.

La máxima instancia de decisión del Sistema de Participación Ciudadana es convocada a asamblea cada dos años, por intermedio del ejecutivo de cada Gobierno Autónomo Descentralizado, quien la dirige”.

Por su parte el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, mediante oficio No. 2861-C.P.C.C.S.-2014 de 25 de agosto de 2014, suscrito por la Presidenta Subrogante, ingresado en la Procuraduría General del Estado el 28 de agosto de 2014, remite como criterio institucional el memorando No. CPCCS-AJQ-360-2014 de 25 de agosto de 2014, suscrito por el Coordinador General de Asesoría Jurídica, quien luego del análisis normativo correspondiente, concluye en los siguientes términos:

4.1. Según lo ordenado por el penúltimo inciso del artículo 304 del Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Autonomía y Descentralización, el ejecutivo del respectivo GAD, convocará a asamblea, a la máxima instancia de decisión del sistema de participación, al menos dos veces al año.

4.2. Adicionalmente, las asambleas locales ciudadanas que se encuentren conformadas y funcionando, o aquellas que se pudieran conformar según el mandato del artículo 56 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, deberá autogobernarse y se deberá respetar su carácter de autónomo respecto de la autoridad del GAD y sin que se deba confundir con la máxima instancia del sistema de participación que determine la normativa pertinente.

4.3. En cuanto a la materia planteada, debe tenerse presente que el artículo 304 del COOTAD ordena claramente una distinción entre los órganos ejecutivos de los Gobiernos Autónomos Descentralizados y la máxima instancia del sistema de participación ciudadana. Por lo tanto, al ejecutivo de cada Gobierno Autónomo Descentralizado no le corresponde ser la máxima instancia de decisión del sistema de participación, siendo la dirección de la Asamblea, una atribución que debe ser regulada por el acto normativo del sistema de participación correspondiente”.

Finalmente, mediante oficio No. 021-14-BA-MV-DNAJ-CONAGOPARE de 3 de septiembre de 2014, ingresado a este Organismo el 4 de septiembre de 2014, el Presidente del Consorcio Nacional de Gobiernos Parroquiales Rurales del Ecuador, remite el criterio institucional de dicha entidad, constante en el oficio sin número de 2 de septiembre de 2014, suscrito por el Director Nacional de Asesoría Jurídica (E) quien expresa:

“Según la base normativa expuesta con claridad en el numeral dos del presente escrito, es el ejecutivo quien lidere, convoque, presida, y hasta suspenda o deje sin efecto las asambleas legalmente instauradas, dentro del sistema de participación ciudadana, más aún, sabiendo de que el COOTAD, entrega atribución y responsabilidad al ejecutivo del GAD, para ejercer la vocería oficial y por ende la representación para dichos actos en las distintas circunscripciones territoriales”.

Al oficio de consulta se adjunta el oficio No. 125 DJ-GADMM-2014 de 25 de julio de 2014, suscrito por el Procurador Síndico (E), quien cita los artículos 100 y 253 de la Constitución de la República, así como los artículos 60 letras a) y b) y 304 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y concluye con el siguiente criterio jurídico:

“De conformidad al marco legal expuesto y considerando que el penúltimo inciso del artículo 304 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, establece textualmente que, ‘La máxima instancia de decisión del sistema de participación será convocada a asamblea al menos dos veces por año a través del ejecutivo del respectivo gobierno autónomo descentralizado, se concluye que la Asamblea del sistema de participación ciudadana como máxima instancia de participación, será presidida por el ejecutivo del Gobierno Autónomo descentralizado, pues esta es (sic) la autoridad quien la convoca”.

El artículo 100 de la Constitución de la República, determina las instancias y finalidades de la participación ciudadana, en los siguientes términos:

“Art. 100.- En todos los niveles de gobierno se conformarán instancias de participación integradas por autoridades electas, representantes del régimen dependiente y representantes de la sociedad del ámbito territorial de cada nivel de gobierno, que funcionarán regidas por principios democráticos. La participación en estas instancias se ejerce para:

1. Elaborar planes y políticas nacionales, locales y sectoriales entre los gobiernos y la ciudadanía.
2. Mejorar la calidad de la inversión pública y definir agendas de desarrollo.
3. Elaborar presupuestos participativos de los gobiernos.
4. Fortalecer la democracia con mecanismos permanentes de transparencia, rendición de cuentas y control social.
5. Promover la formación ciudadana e impulsar procesos de comunicación.

Para el ejercicio de esta participación se organizarán audiencias públicas, veedurías, asambleas, cabildos populares, consejos consultivos, observatorios y las demás instancias que promueva la ciudadanía”.

El inciso primero del artículo 2 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, señala que la indicada ley tiene aplicación obligatoria para todas las personas en el territorio ecuatoriano, los ecuatorianos en el exterior, las instituciones públicas y las privadas que manejen fondos públicos o desarrollen actividades de interés público.

El artículo 56 de la Ley Orgánica antes mencionada, que integra el Capítulo Segundo, y trata sobre la participación a nivel local, Sección Primera “De las asambleas locales”, prevé:

“Art. 56.- Las asambleas locales.- En cada nivel de gobierno, la ciudadanía podrá organizar una asamblea como espacio para la deliberación pública entre las ciudadanas y los ciudadanos, fortalecer sus capacidades colectivas de interlocución con las autoridades y, de esta forma, incidir de manera informada en el ciclo de las políticas públicas, la prestación de los servicios y, en general, la gestión de lo público.

La asamblea podrá organizarse en varias representaciones del territorio, de acuerdo con la extensión o concentración poblacional”.

Añade el artículo 58 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana:

“Art. 58.- Funcionamiento de las asambleas locales.- Las asambleas se regirán por los principios de democracia, equidad de género y generacional, alternabilidad de sus dirigentes y rendición de cuentas periódicas. Se regularán por sus propios estatutos y formas de organización de acuerdo con la Constitución y la Ley”.

Adicionalmente, los artículos 64 y 65 de la Ley Ibídem al referirse a la instancia de participación ciudadana a nivel local en lo concerniente a

su ámbito de acción, denominación, composición y convocatoria disponen respectivamente:

“Art. 64.- La participación local.- En todos los niveles de gobierno existirán instancias de participación con la finalidad de:

1. Elaborar planes y políticas locales y sectoriales entre los gobiernos y la ciudadanía;
2. Mejorar la calidad de la inversión pública y definir agendas de desarrollo;
3. Elaborar presupuestos participativos de los gobiernos autónomos descentralizados;
4. Fortalecer la democracia con mecanismos permanentes de transparencia, rendición de cuentas y control social; y,
5. Promover la formación ciudadana e impulsar procesos de comunicación.

La denominación de estas instancias se definirá en cada nivel de gobierno. Para el cumplimiento de estos fines, se implementará un conjunto articulado y continuo de mecanismos, procedimientos e instancias”.

“Art. 65.- De la composición y convocatoria de las instancias de participación ciudadana a nivel local.- Estarán integradas por autoridades electas, representantes del régimen dependiente y representantes de la sociedad en el ámbito territorial de cada nivel de gobierno.

La máxima autoridad de cada nivel de gobierno será responsable de la convocatoria que deberá ser plural e incluir a los diferentes pueblos, nacionalidades y sectores sociales, con equidad de género y generacional.

Las delegadas y delegados de la sociedad, en el ámbito territorial respectivo, serán designados prioritariamente por las asambleas ciudadanas locales.

La máxima autoridad local convocará a las instancias locales de participación cuando se requiera para cumplir con sus finalidades; en ningún caso, menos de tres veces en el año”.

Por su parte, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, promulgado con posterioridad a la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, en su artículo 1 incorpora dentro de su ámbito de aplicación el establecimiento de la organización político-administrativa del Estado ecuatoriano en el territorio; así como,

el régimen de los diferentes niveles de gobiernos autónomos descentralizados y los regimenes especiales, con el fin de garantizar su autonomía política, administrativa y financiera.

La letra a) del artículo 2 del citado Código, reconoce la autonomía política y administrativa de los gobiernos autónomos descentralizados; y, las letras b) y f) Ibidem, determinan como objetivos del indicado cuerpo legal:

“ Art. 2.- Objetivos.- Son objetivos del presente Código:

(...) b) La profundización del proceso de autonomías y descentralización del Estado, con el fin de promover el desarrollo equitativo, solidario y sustentable del territorio, la integración y participación ciudadana, así como el desarrollo social y económico de la población;

(...) f) La democratización de la gestión del gobierno central y de los gobiernos autónomos descentralizados, mediante el impulso de la participación ciudadana; (...).”

Entre los principios para el ejercicio de las potestades de los gobiernos autónomos descentralizados, la letra g) del artículo 3 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, señala lo siguiente:

“Art. 3.- Principios.- El ejercicio de la autoridad y las potestades públicas de los gobiernos autónomos descentralizados se regirán por los siguientes principios:

(...) g) Participación ciudadana.- La participación es un derecho cuya titularidad y ejercicio corresponde a la ciudadanía. El ejercicio de este derecho será respetado, promovido y facilitado por todos los órganos del Estado de manera obligatoria, con el fin de garantizar la elaboración y adopción compartida de decisiones, entre los diferentes niveles de gobierno y la ciudadanía, así como la gestión compartida y el control social de planes, políticas, programas y proyectos públicos, el diseño y ejecución de presupuestos participativos de los gobiernos. En virtud de este principio, se garantizan además la transparencia y la rendición de cuentas, de acuerdo con la Constitución y la ley. (...).”

De los artículos 2 letras b) y f), y 3 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización que han quedado citados, se establece que dicho cuerpo normativo reconoce la participación ciudadana en los gobiernos autónomos descentralizados.

En concordancia con lo indicado en los párrafos precedentes, los artículos 41 letra c), 54 letra d) y 64 letra c) del Código Orgánico de

Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en su orden, entre las funciones de los gobiernos autónomos descentralizados provinciales, municipales y parroquiales, disponen la de “Implementar un sistema de participación ciudadana para el ejercicio de los derechos (...)”. Es decir, que la implementación del sistema de participación ciudadana es competencia de cada gobierno autónomo descentralizado, conforme las tres disposiciones invocadas, en los términos que prevé la ley.

De las normas jurídicas citadas se observa que entre las funciones de los gobiernos autónomos descentralizados provinciales, municipales y parroquiales, las tres normas invocadas disponen la de “Implementar un sistema de participación ciudadana para el ejercicio de los derechos (...)”. Es decir, que la implementación del sistema de participación ciudadana es competencia de cada gobierno autónomo descentralizado, en los términos que prevé la ley.

En el contexto regulatorio que ha quedado establecido, los artículos 302 y 303 del mismo Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en el Capítulo III denominado “La Participación Ciudadana en los Gobiernos Autónomos Descentralizados”, garantizan y reconocen la participación ciudadana en dichas instancias de gobierno.

El artículo 304 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, que es materia de su consulta, dispone lo siguiente:

“Art. 304.- Sistema de participación ciudadana.- Los gobiernos autónomos descentralizados conformarán un sistema de participación ciudadana, que se regulará por acto normativo del correspondiente nivel de gobierno, tendrá una estructura y denominación propias.

El sistema de participación ciudadana se constituye para:

- a) Deliberar sobre las prioridades de desarrollo en sus respectivas circunscripciones; así como, conocer y definir los objetivos de desarrollo territorial, líneas de acción y metas;
- b) Participar en la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de los planes de desarrollo y de ordenamiento territorial; y, en general, en la definición de propuestas de inversión pública;
- c) Elaborar presupuestos participativos de los gobiernos;
- d) Participar en la definición de políticas públicas;
- e) Generar las condiciones y mecanismos de coordinación para el tratamiento de temas específicos que se relacionen con los objetivos de desarrollo territorial, a través de grupos de interés sectoriales o sociales

que fueren necesarios para la formulación y gestión del plan, quienes se reunirán tantas veces como sea necesario. Los grupos de interés conformados prepararán insumos debidamente documentados que servirán para la formulación del plan;

f) Fortalecer la democracia local con mecanismos permanentes de transparencia, rendición de cuentas y control social;

g) Promover la participación e involucramiento de la ciudadanía en las decisiones que tienen que ver con el desarrollo de los niveles territoriales; y,

h) Impulsar mecanismos de formación ciudadana para la ciudadanía activa.

El sistema de participación estará integrado por autoridades electas, representantes del régimen dependiente y representantes de la sociedad de su ámbito territorial.

La máxima instancia de decisión del sistema de participación será convocada a asamblea al menos dos veces por año a través del ejecutivo del respectivo gobierno autónomo descentralizado.

El sistema de participación ciudadana designará a los representantes de la ciudadanía a los consejos de planificación del desarrollo correspondientes”.

De la lectura del artículo precedente se evidencia que corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados, la conformación de un sistema de participación ciudadana y su regulación a través del correspondiente acto normativo del órgano legislativo del respectivo gobierno autónomo descentralizado.

Lo anterior concuerda con la facultad normativa que tienen los Gobiernos Autónomos Descentralizados, reconocida por el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que en su artículo 7 prescribe que: “Para el pleno ejercicio de sus competencias y de las facultades que de manera concurrente podrán asumir, se reconoce a los consejos regionales y provinciales concejos metropolitanos y municipales, la capacidad para dictar normas de carácter general a través de ordenanzas, acuerdos y resoluciones, aplicables dentro de su circunscripción territorial”, conforme lo previsto en la Constitución y la Ley.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta y de acuerdo con lo dispuesto en el primero y el penúltimo inciso del artículo 304 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se concluye que:

Corresponde a los Gobiernos Autónomos Descentralizados, la conformación de un Sistema de Participación Ciudadana y su regulación a través del acto normativo del correspondiente nivel de gobierno, con estructura y denominación propios; y,

Que le compete al ejecutivo del respectivo Gobierno Autónomo Descentralizado realizar la convocatoria a asamblea a la máxima instancia del Sistema de Participación Ciudadana, al menos dos veces al año.

La dirección y funcionamiento de la Asamblea del Sistema de Participación Ciudadana, como máxima instancia de decisión, es una atribución que debe ser regulada por acto normativo del correspondiente nivel de gobierno de acuerdo a lo prescrito en el primer inciso del artículo 304 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

CONSTRUCCIONES EDIFICADAS: NORMAS REGLAMENTARIAS DE PROTECCIÓN CONTRA INCENDIOS, DEBEN CUMPLIR CON LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

OF. PGE. N°: 20104 de 23-12-2014

ENTIDAD CONSULTANTE: Cuerpo de Bomberos del Cantón Yantzaza

CONSULTA:

“Si los Edificios Construidos con anterioridad a las disposiciones establecidas en la Ley de Defensa Contra Incendios deben cumplir o no con las medidas de seguridad contra incendios, establecidas en el Art. 1 del ámbito de aplicación que consta en el Reglamento de Prevención y Mitigación Contra Incendios; y, el Art. 122 del Reglamento de Prevención y Mitigación de la Ley de Defensa Contra Incendios (disposiciones generales de protección contra incendios para toda edificación)”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 264 núm. 13.
Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 55 lit. m) y 140.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Art. 13 inc. segundo.

Ley de Defensa contra Incendios, Arts. 12, 35 y 53.

Código Civil, Arts. 7 regla novena, 8, 13 y 19.

Reglamento de Prevención y Mitigación Contra Incendios, Arts. 1, 5, 115 y 122.

D.E. N°. 1670, R.O. N° 578 de 27-04-2009.

PRONUNCIAMIENTO:

Me refiero a su oficio No. 210-CBCY de 17 de noviembre de 2014, remitido a la Procuraduría General del Estado por el Director Regional de Loja, mediante oficio No. 04956-LJ de 9 de diciembre de 2014; y, recibido en este Despacho el 10 de diciembre de 2014.

Su consulta fue inicialmente formulada mediante oficio No. 136-CBCY de 9 de junio de 2014, ingresado a la Dirección Regional de la Procuraduría General del Estado en Loja, el 12 de junio del presente año. Con la finalidad de atender dicho requerimiento, mediante oficios Nos. 04161-LJ y 04714-LJ de 17 de junio y 15 de octubre de 2014, respectivamente, el Director Regional de Loja, en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, le solicitó remitir el informe del Asesor Jurídico de la entidad a su cargo.

En virtud de que el Cuerpo de Bomberos del Cantón Yantzaza no atendió el requerimiento contenido en los oficios Nos. 04161-LJ y 04714-LJ, antes referidos, mediante oficio No. 04839-LJ de 6 de noviembre de 2014, el Director Regional de Loja remitió el respectivo expediente a la Procuraduría General del Estado, para que se disponga el archivo del mismo.

Mediante oficio No. 19543 de 13 de noviembre de 2014, con fundamento en el artículo 6 de la Resolución No. 017, sustituido por el artículo 1 de la Resolución No. 12 de 28 de julio de 2010, publicada en el Registro Oficial No. 264 de 25 de agosto de 2010, me abstuve de atender la consulta del Cuerpo de Bomberos a su cargo y dispuse su archivo.

El artículo 7 de la Resolución No. 17 de este Organismo, agregado por la citada Resolución No. 121, establece que: “Aun cuando se hubiere procedido al archivo de la consulta, por no haber proporcionado la entidad u organismo consultante la información o documentación requerida por esta Procuraduría, dentro del plazo señalado en el artículo anterior, puede procederse a la reactivación del trámite, siempre que el consultante presente una nueva solicitud, a la cual se adjunten todos los documentos que fueron previamente requeridos por la Procuraduría”.

Mediante oficio No. 210-CBCY de 17 de noviembre de 2014, ha remitido el informe jurídico contenido en la comunicación S/N de 14 de noviembre de 2014, suscrito por el abogado del Cuerpo de Bomberos de Yantzaza, por lo que procede atender la consulta por usted formulada.

El informe jurídico remitido consta en la comunicación de 14 de noviembre de 2014, S/N, suscrita por el abogado del Cuerpo de Bomberos consultante, quien expresa como antecedentes lo siguiente:

“Mediante Decreto Ejecutivo Nro. 1670, publicado en el Registro Oficial Nro. 578 de 27 de abril de 2009, se asignó a la Secretaria Técnica de Gestión de Riesgos, las competencias, atribuciones, funciones, representaciones y delegaciones que la Ley de Defensa Contra Incendios establece para Ministerio de Inclusión Económica y Social, MIES, sin perjuicio de la transferencia de competencias efectuadas a los diversos municipios del país que se ratifican.

En ese orden, mediante Acuerdo Ministerial Nro. 2410, de fecha 08 de marzo del 2004, el Ministerio de Bienestar Social, transfirió a la Ilustre Municipalidad de Yantzaza, Provincia de Zamora Chinchipe, las potestades, atribuciones y recursos del Cuerpo de Bomberos de Yantzaza, que en relación con la materia y conforme a la Ley de Defensa Contra Incendios, ha venido ejerciendo el Ministerio de Bienestar Social”.

Adicionalmente, el asesor jurídico de la entidad consultante, cita el numeral 13 del artículo 264 de la Constitución de la República del Ecuador, 12, 35 y 53 de la Ley de Defensa contra Incendios. También cita como fundamentos jurídicos los artículos 1, 5 y 122 del Reglamento de Prevención, Mitigación y Protección contra Incendios y las normas de los artículos 7 regla novena, 8, 13 y 19 del Código Civil y concluye con el siguiente criterio jurídico:

“En virtud de todo lo expuesto, el criterio del suscrito asesor legal del Cuerpo de Bomberos de Yantzaza, ES DE LA OPINIÓN QUE EL CUERPO DE BOMBEROS DE YANTZAZA, ESTÁ PLENAMENTE FACULTADO LEGAL, CONSTITUCIONAL E INSTITUCIONALMENTE PARA EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD CONTRA INCENDIOS, ESTABLECIDAS EN EL ART. 1 DEL AMBITO DE APLICACIÓN (sic) QUE CONSTA EN EL REGLAMENTO DE PREVENCIÓN Y MITIGACIÓN CONTRA INCENDIOS, Y, EL ART. 122 DEL REGLAMENTO DE PREVENCIÓN Y MITIGACIÓN DE LA LEY DE DEFENSA CONTRA INCENDIOS, y por lo tanto aplicar las sanciones que prevé la Ley de Defensa Contra Incendios”.

La Constitución de la República del Ecuador en el numeral 13 de su artículo 264, confiere a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, competencia exclusiva para gestionar los servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendios. En los mismos términos, la letra m) del artículo 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, confiere dicha competencia a los municipios; y, el inciso final del artículo 140 del citado COOTAD dispone lo siguiente:

“La gestión de los servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendios, que de acuerdo con la Constitución corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, se ejercerá con sujeción a la ley que regule la materia. Para tal efecto, los cuerpos de bomberos del país serán considerados como entidades adscritas a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, quienes funcionarán con autonomía administrativa y financiera, presupuestaria y operativa, observando la ley especial y normativas vigentes a las que estarán sujetos”.

La Procuraduría General del Estado ya se ha pronunciado respecto a que la Ley de Defensa contra Incendios, es la ley especial a la que en esa materia se remite el inciso tercero del artículo 140 del COOTAD, según consta del oficio No. 03806 de 20 de septiembre de 2011, dirigido al Primer Jefe del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito.

El artículo 35 de la Ley de Defensa contra Incendios dispone:

“Art. 35.- Los primeros jefes de los cuerpos de bomberos del país, concederán permisos anuales, cobrarán tasas de servicios, ordenarán con los debidos fundamentos, clausuras de edificios, locales e inmuebles en general y, adoptarán todas las medidas necesarias para prevenir flagelos, dentro de su respectiva jurisdicción, conforme a lo previsto en esta Ley y en su Reglamento.

Lo funcionarios municipales, los intendentes, los comisarios nacionales, las autoridades de salud y cualquier otro funcionario competente, dentro de su respectiva jurisdicción, previamente a otorgar las patentes municipales, permisos de construcción y los permisos de funcionamiento, exigirán que el propietario o beneficiario presente el respectivo permiso legalmente otorgado por el cuerpo de bomberos correspondiente.

Los primeros jefes de los cuerpos de bomberos y los funcionarios mencionados en el inciso anterior, que no den cumplimiento a estas disposiciones y todas aquellas que se refieran a la concesión de

permisos anuales y ocasionales de edificios, locales e inmuebles en general que sean idóneos, serán personal y pecuniariamente responsables de los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de la destitución de su cargo”.

El artículo 53 de la Ley de Defensa contra Incendios, establece la competencia de los cuerpos de bomberos para emitir su visto bueno previo a la aprobación de planos de construcción de los establecimientos industriales, fabriles, de concentración de público y de edificaciones de más de cuatro pisos, que le corresponde efectuar a los gobiernos autónomos municipales en los siguientes términos:

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

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

El artículo 1 del Reglamento de Prevención, Mitigación y Protección contra Incendios, establece el ámbito de aplicación de dicho cuerpo normativo, en los siguientes términos:

“Art. 1.- Las disposiciones del Reglamento de Prevención, Mitigación y Protección Contra Incendios, serán aplicadas en todo el territorio nacional, para los proyectos arquitectónicos y de ingeniería, en edificaciones a construirse, así como la modificación, ampliación, remodelación de las ya existentes, sean públicas, privadas o mixtas, y que su actividad sea de comercio, prestación de servicios, educativas, hospitalarias, alojamiento, concentración de público, industrias, transportes, almacenamiento y expendio de combustibles, explosivos, manejo de productos químicos peligrosos y de toda actividad que represente riesgo de siniestro. Adicionalmente esta norma se aplicará a aquellas actividades que por razones imprevistas, no consten en el presente reglamento, en cuyo caso se someterán al criterio técnico profesional del Cuerpo de Bomberos de su jurisdicción en base a la Constitución Política del Estado, Normas INEN, Código Nacional de la Construcción, Código Eléctrico Ecuatoriano y demás normas y códigos conexos vigentes en nuestro país.

Toda persona natural y/o jurídica, propietaria, usuaria o administrador, así como profesionales del diseño y construcción, están obligados a cumplir las disposiciones contempladas en el presente Reglamento de Prevención, Mitigación y Protección Contra Incendios, basados en Normas Técnicas Ecuatorianas INEN”.

Por su parte, el artículo 115 del Reglamento antes mencionado, bajo el título “Especificaciones Técnicas para la Seguridad y Prevención contra Incendios”, determina la competencia del cuerpo de bomberos de cada jurisdicción, para revisar que las edificaciones sin excepción cuenten con sistemas de previsión y combate de incendios:

“Art. 115.- Todas las edificaciones deben contar con los sistemas y equipos necesarios para la prevención y el combate de incendios, los cuales deben mantenerse en condiciones de ser operados en cualquier momento, debiendo ser revisados y aprobados periódicamente y contar con la autorización anual del Cuerpo de Bomberos de cada jurisdicción”.

Adicionalmente, el artículo 122 del Título de “Disposiciones Generales de Protección contra Incendios para toda Edificación”, del Reglamento de Prevención, Mitigación y Protección contra Incendios, dispone:

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

La disposición reglamentaria del artículo 122, antes invocado, no establece excepción ya que expresamente alude a “toda edificación” que cumpla con los presupuestos que la misma norma señala, está obligada a adoptar las normas de protección descritas en el indicado Reglamento, lo cual incluye a las edificaciones existentes, nuevas, ampliaciones o modificaciones, por mandato de la norma citada previamente.

Por su parte, el numeral 2° del artículo 85 de la Constitución de la República prevé la prevalencia del interés general, respecto del interés particular y habilita a la Administración a adoptar medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.

Con relación a las edificaciones existentes y que no hayan sido construidas en base a normas reglamentarias de protección contra incendios, el artículo 125 Reglamento de Prevención, Mitigación y Protección contra Incendios, prevé:

“Art. 125.- En las construcciones ya existentes, y que no hayan sido edificadas de acuerdo con las normas reglamentarias de protección contra incendio, debe suplir estas medidas de seguridad. Y las que no sean factibles de ejecución se compensarán con las que el Cuerpo de Bomberos de cada jurisdicción determine como las más idóneas”.

Del análisis jurídico previamente efectuado, en atención a los términos de su consulta, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 125 del Reglamento de Prevención, Mitigación y Protección contra Incendios, las construcciones ya existentes y que no hayan sido edificadas de acuerdo con las normas reglamentarias de protección contra incendios, deben cumplir con las medidas de seguridad dispuestas en el indicado Reglamento y particularmente en su artículo 122; y, las que no sean factibles de ejecución se compensarán con las que el Cuerpo de Bomberos de cada jurisdicción determine como las más idóneas.

Respecto del cumplimiento de las normas del artículo 122 del Reglamento de Prevención, Mitigación y Protección contra Incendios para depósitos de distribución de gas licuado de petróleo, la Procuraduría General del Estado, se ha pronunciado con similares fundamentos jurídicos, en oficio No. 14182 de 5 de agosto de 2013.

CONTRATISTAS INCUMPLIDOS: TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO

OF. PGE. N°: 19883 de 09-12-2014

ENTIDAD CONSULTANTE: Ministerio de Transporte y Obras Públicas

CONSULTAS:

1.- “¿Según la inteligencia o aplicación del artículo 62 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las inhabilidades generales que se enuncian en dicho artículo, particularmente en los números 4 y 5, se refieren a la imposibilidad de

celebrar todo tipo de contratos descritos en dicha ley, inclusive los complementarios y modificatorios?”.

2.- “A tenor del artículo 62, número 4 de la LOSNCP, un contratista que siendo declarado incumplido por el ente público, mantuviere con éste otro contrato que se hallare cumpliendo, pese a estar suspendido del RUP, ¿puede respecto de éste celebrar contratos complementarios?”.

3.- “La premisa mayor del artículo 93 de la LOSNCP involucra la existencia de circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, por cuya verificación se torna imposible o **inconveniente** la ejecución parcial o total de un contrato; lo que lleva a las partes a acordar su terminación por mutuo acuerdo.

En virtud de esta norma, la resolución de terminación unilateral de un contrato, con todas las consecuencias que acarrea respecto del contratista incumplido y que evidentemente le sitúan en una situación muy precaria, ¿se adecua a las situaciones fácticas de orden técnico, económico o de fuerza mayor o caso fortuito que pueden llevar a las partes a convenir la terminación por mutuo acuerdo de un contrato?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 237 núm. 3.

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

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 6 núm. 28; 18, 19 núm. 1, 62 núm. 4 y 5; 85 y 93.

Codificación de la Ley de Contratación Pública, Art. 55 lit. c).

PRONUNCIAMIENTOS:

Me refiero a su oficio No. MTOP-DM-14-2097-OF de 19 de noviembre de 2014, ingresado el 20 de noviembre del presente año, por el que reformula las consultas relacionadas con la aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública inicialmente planteadas con oficio No. MTOP-DM-14-1582-OF de 8 de septiembre de 2014, recibido el 12 de septiembre de 2014.

Respecto del pedido inicial de consulta, de conformidad con el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, con oficio No. 18959 de 26 de septiembre de 2014, esta Entidad solicitó a usted reformular los términos de sus consultas, con relación a la inteligencia o aplicación de una norma jurídica y remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado y en texto independiente, suscrito por el Director de Asesoría Jurídica de esa Cartera de Estado, respecto del

objeto de las consultas reformuladas. Con oficio No. 19183 de 16 de octubre de 2014 se insistió en dicho requerimiento.

Mediante oficio No. MTOP-DM-14-1828-OF de 16 de octubre de 2014, ingresado el 21 de octubre del presente año, ese Ministerio respondió los requerimientos de este Organismo contenidos en oficios Nos. 18959 y 19183 de 26 de septiembre y 16 de octubre de 2014, respectivamente; sin embargo, una vez revisado su contenido se verificó que no se habían reformulado los términos de las preguntas segunda y tercera, de manera que traten sobre la inteligencia o aplicación de una norma jurídica, por lo que esta Procuraduría insistió a la entidad consultante en el pedido de reformular dichas preguntas adjuntando el criterio jurídico debidamente fundamentado del Coordinador General de Asesoría Jurídica de ese Ministerio, respecto de cada una de las consultas reformuladas.

Con oficio No. MTOP-DM-14-2097-OF de 19 de noviembre de 2014, recibido el 20 de noviembre del presente año, se han reformulado las preguntas segunda y tercera y se ha remitido el criterio de la Coordinación General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, contenido en memorando No. MTOP-CGJ-2014-1331-ME de 19 de noviembre de 2014. En el mismo oficio se ha incluido el texto de la primera consulta, reformulada en oficio No. MTOP-DM-14-1828-OF de 16 de octubre de 2014.

Con tales antecedentes, atiendo sus consultas reformuladas, en los siguientes términos:

PRIMERA Y SEGUNDA CONSULTAS.-

El informe de la Coordinadora General de Asesoría Jurídica, contenido en memorando No. MTOP-CGJ-2014-1141-ME de 13 de noviembre de 2014, cita los artículos 18, 19 numeral 1 y 62 numerales 4 y 5 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que prevén en su orden, la obligatoriedad de los proveedores de inscribirse en el RUP, las causales de suspensión del proveedor en el RUP y las inhabilidades generales para celebrar los contratos previstos en esa ley, así como el artículo 28 de la Resolución No. 52 del Servicio Nacional de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial No. 633 de 3 de febrero de 2012; y, sobre dicha base normativa, manifiesta y concluye que:

“(…) la suspensión en el RUP (en este caso derivada de la declaratoria de incumplimiento del contratista) tiene el efecto directo de no permitir a un proveedor ser un potencial contratista, pues no podrá recibir invitaciones ni tampoco participar en los procedimientos como oferente.

(...) Ahora bien, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 62 es enfática en prohibir la celebración de los contratos que prevé dicha ley, y en el caso que nos ocupa, los contratos complementarios se encuentran previstos y regulados en dicha ley, artículo 85 y siguientes. Siendo un poco más exactos, este artículo (62) incluso se refiere al momento preciso de la celebración del contrato, sin distinguir entre originales, complementarios o modificatorios con lo que al no haber diferenciado el legislador, no le es lícito hacerlo al intérprete y en tal sentido se debe asumir que opera para todo tipo de contratos.

(...) En base a todo lo expuesto, se considera que no es procedente la suscripción de un contrato complementario con un contratista que ha sido declarado como incumplido y conste suspendido en el RUP, pues esto además ha sido un tema de casuística toda vez que de obrar en sentido contrario, la información no podrá ser validada por el órgano de control SERCOP, puesto que en su registro dicho proveedor o contratista ya no es apto de celebrar contratos con entidades públicas”.

En memorando No. MTOP-CGJ-2014-1331-ME de 19 de noviembre de 2014, la Coordinadora General de Asesoría Jurídica reitera su conclusión respecto de la primera consulta, manifestando que: “(...) un contratista que conste suspendido en el RUP, a partir de ello no puede celebrar contratos principales ni complementarios con las entidades públicas sujetas al régimen de la LOSNCP.”; y, con relación a la segunda consulta, manifiesta:

“Ante la disyuntiva que surge por la situación de un contratista incumplido que tenga en ejecución otro contrato, cabe a nuestro juicio invocar el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador, en virtud del cual la resolución de declaratoria de terminación anticipada y unilateral tiene efectos ex post y no retroactivos por lo que no afectaría al contrato vigente hasta su terminación.

Sin embargo, a futuro, con base en lo dispuesto por el artículo 62 de la LOSNCP, por los efectos de la resolución de declaratoria de terminación anticipada y unilateral, y como consecuencia de ello, la inscripción del contratista como incumplido, y su suspensión del RUP, opera la prohibición para que dicho proveedor pueda celebrar contratos con el Estado, pues se halla jurídicamente inhabilitado”.

La obligación de los proveedores de constar inscritos y habilitados en el Registro Único de Proveedores (RUP) al tiempo de suscribir contratos, se desprende de las previsiones contenidas en los artículos 6 numeral

28 y 62 numerales 4 y 5 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que disponen en su orden lo siguiente:

“Art. 6.- Definiciones.

(...) 28. Proveedor: Es la persona natural o jurídica nacional o extranjera, que se encuentra inscrita en el RUP, de conformidad con esta Ley, habilitada para proveer bienes, ejecutar obras y prestar servicios, incluidos los de consultoría, requeridos por las Entidades Contratantes”.

“Art. 62.- Inhabilidades Generales.- No podrán celebrar contratos previstos en esta Ley con las Entidades Contratantes:

(...) 4. Quienes consten suspendidos en el RUP;

5. Los que, no habiendo estado inhabilitados en el procedimiento precontractual, al momento de celebrar el contrato, lo estuvieren (...)”.

Según el tenor del artículo 62 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las inhabilidades que esa norma determina, entre ellas las establecidas en los numerales 4 y 5, constituyen inhabilidades generales, esto es de aquellas que impiden celebrar cualquiera de los contratos reglados por esa Ley, con todas las entidades contratantes sujetas a su ámbito de aplicación, establecido en su artículo 1.

Sobre las inhabilidades generales para contratar, en oficio No. 03713 de 15 de septiembre de 2011, me pronuncié manifestando:

“Del análisis que precede se desprende que, quien ha sido declarado contratista incumplido, incurre en una inhabilidad general para celebrar contratos con el Estado y las instituciones del sector público, prevista tanto por la letra c) del artículo 55 de la derogada Codificación de la Ley de Contratación Pública, como por el numeral 4 del artículo 62 de la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En el caso materia de consulta, si bien el contrato complementario es accesorio al principal, y su celebración es posible en los casos previstos en la ley, no es menos cierto que el contratista debe estar habilitado al tiempo de celebrar el contrato complementario.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, en virtud de la prohibición que establecía el artículo 55 letra c) de la derogada Ley de Contratación Pública, aplicable al contrato materia de consulta, prohibición establecida también por el numeral 4 del artículo 62 de la

vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que inhabilita para celebrar contratos con el Estado y con entidades del sector público a quien hubiere sido declarado contratista incumplido, no es procedente la suscripción de un contrato complementario, con un contratista que al tiempo en que se requiera celebrar el contrato complementario, haya sido declarado incumplido por otra entidad pública y, por tal razón, conste suspendido en el Registro Único de Proveedores, aún cuando a la fecha de celebración del contrato principal, el contratista no hubiere estado incurso en ninguna inhabilidad”.

Es principio general del derecho que, donde el legislador no distingue no es lícito al intérprete distinguir, lo que aplicado al tema materia de consulta implica que, la suspensión del proveedor en el RUP, al constituir una inhabilidad general según el numeral 4 del artículo 62 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, le impide celebrar cualquier contrato sujeto a esa Ley, principal o accesorio.

En atención a los términos de sus consultas se concluye que, de conformidad con los numerales 4 y 5 del artículo 62 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, a partir de la inclusión del contratista en el registro de incumplimientos del RUP y su consecuente suspensión en dicho registro, se configura la inhabilidad general para celebrar contratos con las entidades contratantes sujetas al ámbito de aplicación de esa Ley. Dicha inhabilidad por ser general, impide a quien se hallare incurso en ella, celebrar contratos principales, complementarios o modificatorios, con la misma entidad contratante que solicitó su inclusión en el registro de incumplimientos, así como con las demás entidades contratantes sujetas al ámbito de aplicación de esa Ley.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas; es de exclusiva responsabilidad del Ministerio consultante, la aplicación de la disposición contenida en el artículo 62 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública a casos particulares.

TERCERA CONSULTA.-

“La premisa mayor del artículo 93 de la LOSNCP involucra la existencia de circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, por cuya verificación se torna imposible o **inconveniente** la ejecución parcial o total de un contrato; lo que lleva a las partes a acordar su terminación por mutuo acuerdo.

En virtud de esta norma, la resolución de terminación unilateral de un contrato, con todas las consecuencias que acarrea respecto del contratista incumplido y que evidentemente le sitúan en una situación muy precaria, ¿se adecua a las situaciones fácticas de orden técnico, económico o de fuerza mayor o caso fortuito que pueden llevar a las partes a convenir la terminación por mutuo acuerdo de un contrato?”.

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

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

En aplicación de las normas legales precedentes, esta Procuraduría emitió la Resolución No. 017 de 29 de mayo de 2007, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007, que en su artículo 2 reitera los principios legales antes citados, en todo lo que no contravenga a la indicada disposición constitucional.

De la lectura de los términos de la consulta, no aparece que esté dirigida a la inteligencia o aplicación de una norma, según el ámbito de mis competencias previstas en el numeral 3 del artículo 237 de la Constitución de la República y los artículos 3 letra e) y 13 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, motivo por el cual y con fundamento en la normativa jurídica citada, me abstengo de pronunciarme sobre el particular.

CONTRATOS DE SEGUROS: TERMINACIÓN UNILATERAL Y ANTICIPADA

OF. PGE. N°: 18438 de 14-08-2014

ENTIDAD CONSULTANTE: Superintendencia de Bancos y Seguros

CONSULTA:

“(…) si en un contrato de seguros celebrado con una institución del Estado está sujeto a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ¿puede dicha entidad contratante terminar unilateral y anticipadamente un contrato de seguro celebrado con una compañía de seguros, sin que medie motivación jurídica o causa alguna, es decir, sin que se cumpla alguno de los presupuestos señalados en el artículo 94 de la citada Ley?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 76 lit. l).

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 94, 95, 98, 102; y, 107 de su Reglamento.

Ley General de Seguros, Arts. 1 y 9.

Ley de Modernización del Estado, Art. 31.

Código Civil, Art. 1453.

Código de Comercio, Arts. 1, 3 núm. 3, 6, 7 y 19.

Normas para la estructura y operatividad del contrato de Seguro, Sección Segunda “Disposiciones para la Estructura del Contrato de Seguro”, Art. 4.

D.S. N° 1147, R.O. N° 123 de 07-12-1963, Arts. 1 y 19.

PRONUNCIAMIENTO:

El informe jurídico que se ha acompañado a su consulta consta en el Memorando No. INJ-DNJ-SAL-2014-0406 de 3 de junio de 2014, suscrito por el Intendente Nacional Jurídico de la Superintendencia de Bancos y Seguros, quien expresa lo siguiente:

“1.- La Legislación sobre el Contrato de Seguro, expedida mediante Decreto Supremo No. 1147, publicado en el Registro Oficial No. 123 de 7 de diciembre de 1963, que forma parte del Código de Comercio, en sus artículos 1 y 9 (sic), dispone:

‘Art. 1.- El seguro es un contrato mediante el cual una de las partes, el asegurador, se obliga, a cambio del pago de una prima, a indemnizar a la otra parte, dentro de los límites convenidos, de una pérdida o daño producido por un acontecimiento incierto; o a pagar un capital o una renta, si ocurre la eventualidad prevista en el contrato.

Art. 19.- El contrato de seguro, excepto el de vida, puede ser resuelto unilateralmente por los contratantes. Por el asegurador, mediante notificación escrita al asegurado en su domicilio con antelación no

menor de diez días; por el asegurado, mediante notificación escrita al asegurador, devolviendo el original de la póliza ...’.

2.- Según el artículo 1453 del Código Civil, en los contratos las obligaciones nacen del concurso real de las voluntades de dos o más personas.

Entonces, tal como lo señala la doctrina, al perfeccionarse el seguro a través del contrato llamado póliza, el carácter consensual es también implícito en este tipo de contratos, pues requiere para su conclusión el consentimiento de las partes, requisito de eficacia necesario y legal con el cual se perfecciona el negocio jurídico, bilateral y patrimonial. (Fuente: Stiglitz R. (2004) Derecho de Seguros, págs. 142-143)”.

En base de los fundamentos jurídicos previamente señalados, el Intendente Nacional Jurídico de la Superintendencia de Bancos y Seguros concluye con el siguiente informe jurídico:

“3.- Por lo tanto, en los contratos de seguros, excepto en el de vida, si la voluntad de una de las partes es dar por terminado unilateralmente el contrato, lo puede hacer al amparo y bajo los términos constantes en el transcrito artículo 19 de la Legislación sobre el Contrato de Seguro, expedida mediante Decreto Supremo No. 1147, publicado en el Registro Oficial No. 123 de 7 de diciembre de 1963, que forma parte del Código de Comercio”.

Su consulta se refiere a la sujeción del contrato de seguro a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y a las causales de terminación de los contratos regidos por dicho cuerpo legal, previstas en el artículo 94 de la indicada Ley Orgánica, que dispone 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”.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no contiene disposición alguna que regule en forma expresa la celebración de contratos de seguros o el contenido de los mismos.

El Capítulo VIII del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 107 determina el procedimiento precontractual para la contratación que deben observar las entidades del sector público, en los siguientes términos:

“Art. 107.- Contratación de seguros.- Para la contratación de seguros, las entidades contratantes previstas en el artículo 1 de la Ley observarán cualquiera de los siguientes procedimientos:

1. El de régimen especial de contratación directa prevista en los artículos 98 y siguientes de este Reglamento, en el caso de que las proveedoras sean empresas cuyo capital está integrado en el cincuenta por ciento o más con recursos públicos;
2. El procedimiento de licitación, para los casos no incluidos en el número anterior.

El INCOP podrá regular los requisitos, términos y demás condiciones que se observarán en estos procedimientos”.

Del artículo 107 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se desprende que las entidades y organismos sujetos a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, previa a la contratación de seguros deben observar cualquiera de los dos procedimientos precontractuales

dispuestos en dicha norma reglamentaria, lo cual no altera ni reforma la normatividad propia que rige al contrato de seguro.

La Ley General de Seguros en el artículo 9, determina que las personas jurídicas que integran el sistema de seguro privado, para su constitución, organización y funcionamiento se sujetarán a las disposiciones de esa Ley, el Código de Comercio, la Ley de Compañías, en forma supletoria y a las normas que para el efecto dicte la Superintendencia de Bancos y Seguros.

Por su parte, el contrato de seguro, de conformidad con lo previsto en el numeral 7 del artículo 3 del Código de Comercio, constituye un acto de comercio.

El Decreto Supremo No. 1147, reformó el Código de Comercio y sustituyó íntegramente el Título XVII que norma el contrato de seguro, definido en el artículo 1 de dicho Título, en los siguientes términos:

“Art. 1.- El seguro es un contrato mediante el cual una de las partes, el asegurador, se obliga, a cambio del pago de una prima, a indemnizar a la otra parte, dentro de los límites convenidos, de una pérdida o un daño producido por un acontecimiento incierto; o a pagar un capital o una renta, si ocurre la eventualidad prevista en el contrato”.

De los artículos 9 de la Ley General de Seguros y el artículo 1 del Decreto Supremo No. 1147 que reformó el Código de Comercio y sustituyó íntegramente el Título XVII del indicado Código, se desprende que el contrato de seguro se encuentra regulado por una normativa singular, propia de su naturaleza y los parámetros técnicos de seguro.

Este tipo de contratos se perfecciona en la póliza debidamente suscrita y se encuentra sujeto a formalidades y debe cumplir con un contenido mínimo, según los artículos 6 y 7 del indicado Título XVII del Código de Comercio; y, en cuanto a su terminación el artículo 19 *Ibidem* prevé la resolución del mismo por voluntad de las partes:

“Art. 19.- El contrato de seguro, excepto el de vida, puede ser resuelto unilateralmente por los contratantes. Por el asegurador, mediante notificación escrita al asegurado en su domicilio con antelación no menor de diez días; por el asegurado, mediante notificación escrita al asegurador, devolviendo el original de la póliza (...)”.

La Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos, en el Libro II, Título VI “ De las Pólizas y Tarifas, Capítulo III “Normas para la estructura y operatividad del contrato de Seguro, Sección Segunda “Disposiciones para la Estructura del Contrato de Seguro”, en su

artículo 4 trata, en su orden, sobre las condiciones generales como los principios básicos, estipulaciones o cláusulas establecidas por el asegurador, con el objeto de regular la relación bilateral con el contratante y/o asegurado, en el marco de la legislación aplicable y de los principios de la técnica de los seguros.

De lo expuesto, se establece que el contrato de seguro es un contrato bilateral, de adhesión en lo referente a las condiciones generales y especiales y las condiciones particulares son acordadas entre el asegurador y el asegurado.

De otra parte, el artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, citado al inicio del presente pronunciamiento, prevé varias causas de terminación unilateral de los contratos regidos por dicha Ley Orgánica y el artículo 95 de la misma Ley Orgánica, determina el procedimiento que deben cumplir las entidades públicas contratistas para dicha terminación. Estas disposiciones se contraponen con el artículo 19 del Título XVII del Código de Comercio, antes citado, que es la norma particular para los contratos de seguro que permite al contratante de una póliza de seguro (con excepción de los de vida), dar por terminado unilateralmente el contrato, sin que medie causa alguna.

Por consiguiente, sin perjuicio de lo indicado en el párrafo precedente, en caso de producirse cualquiera de las causas previstas en el artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la entidad pública contratante, podría dar por terminado unilateralmente el contrato cumpliendo para el efecto el procedimiento establecido en el artículo 95 de la Ley Ibídem.

De producirse el incumplimiento de las obligaciones contractuales de las compañías de seguros, la entidad pública está obligada a comunicar al Servicio Nacional de Contratación Pública, adjuntando los documentos probatorios respectivos para que inscriba a la compañía en el registro de incumplimientos, conforme lo prevé el artículo 98 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. De otra parte, en el supuesto de que no medie incumplimiento de la compañía de seguro contratista y el contrato se declare terminado por simple voluntad de la entidad contratante, no cabe tal registro.

En cualquier caso, debe tomarse en cuenta que, de conformidad con el artículo 76 numeral 7 letra l) de la Constitución de la República, entre las garantías básicas que debe tener todo proceso y el derecho de las personas, la Carta Constitución dispone lo siguiente:

“1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.

Concordante con el precepto constitucional antes invocado, la Ley de Modernización del Estado dispone respecto de la motivación de los actos de los órganos públicos:

“Art. 31.- MOTIVACIÓN.- Todos los actos emanados de los órganos del Estado, deberán ser motivados. La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo. La indicación de los presupuestos de hecho no será necesaria para la expedición de actos reglamentarios”.

Con base en las consideraciones expuestas, en atención a los términos de su consulta, se concluye que en los contratos de seguros, salvo los seguros de vida, es procedente la terminación unilateral por voluntad de la entidad contratante, conforme lo previsto en el artículo 19 del Título XVII del Código de Comercio, sustituido por Decreto Supremo No. 1147, publicado en el Registro Oficial No. 123 de 7 de diciembre de 1963, la cual siempre debe basarse en el interés público.

Lo dicho, sin perjuicio de la necesidad de motivar la resolución del órgano administrativo, en cumplimiento del precepto constitucional de la letra 1) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 31 de la Ley de Modernización del Estado.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas y en cualquier caso, la terminación unilateral de un contrato es responsabilidad de la entidad contratante.

CONVENIO POSTAL UNIVERSAL: RECATEGORIZACIÓN, RESPONSABILIDAD Y MULTAS A LOS OPERADORES POSTALES

OF. PGE. N°: 18786, de 11-09-2014

ENTIDAD CONSULTANTE: Correos del Ecuador CDE E.P.

CONSULTA:

“¿Es aplicable lo dispuesto en el Art. 22 del Convenio Postal Universal para los casos de recategorización, es decir se excluiría de responsabilidad y multas a los operadores postales como Correos del Ecuador CDE-EP, por las declaraciones de Aduana, realizada en base a la información proporcionada por el cliente?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 237 núm. 3 y 425.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Arts. 3 lit. e) y 13. Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, Arts. 109, 164, 165, 194 lit. d) y 207.

Convenio Postal Universal, Arts. 3, 5, 12, 13 núm. 3.4 y 14 núm. 1.2, 15, 18, 21 y 22 núm. 3.

Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera para el Comercio, Arts. 209 y 210.

Reglamento de los Servicios Postales, Art. 12.

Reglamento para el Tráfico Postal y Mensajería Acelerada o Courier, Art. 1.

PRONUNCIAMIENTO:

Me refiero a su oficio No. CDE E.P.-2014-GG-191-PIC de 21 de agosto de 2014, ingresado a la Procuraduría General del Estado el 21 de agosto del presente año, por el que reformula la segunda consulta inicialmente planteada por esa empresa con oficio CDE E.P.2014-GG-141-PIC de 4 de julio de 2014, recibido el 22 de julio del presente año.

En el oficio inicial CDE E.P.-2014-GG-141-PIC de 4 de julio de 2014, esa empresa formuló dos consultas sobre la responsabilidad de los operadores de mensajería acelerada o Courier, por las declaraciones aduaneras efectuadas sobre la base de la información de sus clientes.

Con oficio No. 18192 de 25 de julio de 2014, este Organismo se abstuvo de atender la primera consulta planteada en oficio CDE E.P.2014-GG-141-PIC de 4 de julio de 2014, por no estar referida a la inteligencia o aplicación de una norma jurídica, según las competencias que asignan a esta entidad los artículos 237 numeral 3 de la Constitución de la República y los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado; y, solicitó a la empresa pública consultante, reformular los términos de la segunda consulta a fin de que trate sobre la inteligencia o aplicación de una norma jurídica, así como remitir en texto independiente, el criterio jurídico debidamente fundamentado sobre la consulta reformulada.

A fin de contar con mayores elementos de análisis, con oficio No. 18191 de 25 de julio de 2014, este Organismo solicitó al Director General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE), su criterio institucional sobre el tema materia de consulta, lo que fue atendido por el Director General de ese Servicio con oficio No. SENAE-DGN-2014-0770-OF de 6 de agosto de 2014, ingresado el 7 de agosto del presente año.

Con oficio No. 18413 de 12 de agosto de 2014, la Procuraduría General del Estado insistió a la empresa pública consultante, en el requerimiento contenido en oficio No. 18192 de 25 de julio de 2014.

Mediante oficio No. CDE E.P.-2014-GG-179-PIC de 8 de agosto de 2014, ingresado el 12 de agosto del presente año, la empresa pública consultante, reformula la consulta pero no respecto de la inteligencia o aplicación de una norma jurídica, por lo que con oficio No. 18452 de 15 de agosto de 2014, este Organismo insistió en que se reformulen los términos de la consulta y se adjunte el criterio jurídico debidamente fundamentado.

El informe del Director Nacional de Asesoría, Patrocinio y Coactivas de la empresa pública consultante, consta en memorando No. CDE EP-2014-DNAPC-098-JC de 21 de agosto de 2014.

El oficio inicial de consulta refiere como antecedente que: “(...) Una vez arribada y declarada la carga courier al país, es verificada a través de los métodos de aforos establecidos, sean documentales, intrusivos o no intrusivos por funcionarios de la SENAE, lo que permite detectar paquetería de clientes recurrentes o con fines comerciales, los mismos que son recategorizados”.

En la misma comunicación agrega que: “(...) la empresa pública Correos del Ecuador CDE-E.P. mediante Oficio Nro. CDE-EP-GG-2014-0105-O con fecha 12 de junio de 2014, solicitó a la Aduana del Ecuador (SENAE), reconsidere la aplicación de las multas impuestas por la recategorización de mercancías aplicables a paquetería asignada a categoría B (4X4)”; y, que la respuesta del Servicio Nacional de Aduana Ecuador, enviada mediante Oficio Nro. SENAE-DGN-2014-0636-OF fue la siguiente:

“(...) para la empresa courier ‘CORREOS DEL ECUADOR CDE E.P.’ (Club Correos), misma que consolida, transporta y declara mercancías amparadas al régimen aduanero de excepción de ‘Mensajería acelerada’ o ‘Courier’, corresponde una obligación asegurarse desde origen que los envíos correspondan con la naturaleza, cantidad y peso con los

documentos de soporte (...). En virtud de lo expuesto, considerar que a partir de la publicación de la resolución SENA-E-DGN-2013-0472-RE, en el Registro Oficial No. 239, de fecha 6 de mayo de 2014, el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador realizará el cobro de las multas establecidas en dicho cuerpo legal”.

El informe jurídico de la empresa pública consultante contenido en memorando No. CDE EP-2014-DNAPC-098-JC de 21 de agosto de 2014, expone que: “La Aduana del Ecuador establece que las empresas courier son responsables solidarios de la declaración aduanera conforme se ha determinado mediante Resolución Nro. SENA-E-DGN-2013-0472-RE, de fecha 28 de noviembre de 2013”; y, manifiesta:

“Al respecto me permito analizar, a lo que se refiere la recategorización ejemplificando de la siguiente manera: Un cliente que desea realizar una compra por internet, para lo cual adjunta la factura e indica a Correos del Ecuador que su compra no tiene fines comerciales, se la considera de ‘Categoría B’, por lo que se procede a realizar la declaración de Aduana en base a los datos proporcionados por el cliente; posteriormente la aduana realiza el aforo y considera que dicha mercadería si tiene fin comercial y la pasa a ‘Categoría C’, consecuentemente se gestiona una multa para Correos del Ecuador por motivo de la recategorización”.

El referido informe invoca el artículo 22 numeral 3 del Convenio Postal Universal, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 162 de 29 de junio de 2011 que regula la responsabilidad de los operadores postales por las declaraciones de aduana; y, sobre dicha base concluye:

“(…) la normativa internacional mencionada con respecto a la aplicación del servicio postal, prevalece ante otras leyes, acuerdos o resoluciones en caso de conflicto, de acuerdo a lo señalado en el Art. 425 de la Constitución de la República, por lo que esta Dirección Nacional considera que, Correos del Ecuador CDE-E.P. no debe tener responsabilidad por las declaraciones de aduana, la cual es información proporcionada por el cliente ya que es una entidad que está transmitiendo la información, más no la genera; por tal razón debe existir una reconsideración sobre los procesos sancionatorios de recategorización emitidos por la Aduana del Ecuador, en los que se ve afectado la empresa”.

Por su parte, el Director General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, sobre la base del artículo 22 numeral 3 del Convenio Postal Universal y del artículo 425 de la Constitución de la República, manifiesta:

“(…) el suscrito director general procederá con la reforma de los actos normativos que pudiesen ocasionar la imposición de multas por la falta reglamentaria establecida en el literal d) del artículo 193 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones. Así como también dispondrá que todos los Directores Distritales del SENAE procedan con la revocatoria de oficio de las multas impuestas por faltas reglamentarias a Correos del Ecuador, relacionadas con declaraciones únicamente bajo el régimen aduanero de Tráfico Postal Internacional.

Lo anterior sin perjuicio de que se sigan imponiendo multas administrativas contra Correos del Ecuador cuando dicha empresa pública opera bajo el régimen de Mensajería Acelerada o Courier, en cuyo caso no está exenta de la responsabilidad sancionatoria legalmente establecida”.

El texto del Convenio Postal Universal al que alude la consulta, suscrito por el Ecuador y los restantes países miembros de la Unión Postal Universal, consta publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 162 de 29 de junio de 2011.

El citado Convenio Postal Universal, no contiene ningún artículo que establezca en forma expresa su ámbito de aplicación; no obstante, su artículo 1 define entre otros, el siguiente concepto:

“1.13 Servicio postal universal: prestación permanente a los clientes de servicios postales básicos de calidad, en todos los puntos del territorio de un país, a precios asequibles”.

Sobre las condiciones en las que los operadores deben prestar el servicio postal, de manera que esté al alcance de los usuarios, el artículo 3 del Convenio, establece lo siguiente:

“Art. 3.- Servicio postal universal

1. Para reforzar el concepto de unicidad del territorio postal de la Unión, los Países miembros procurarán que todos los usuarios/clientes gocen del derecho a un servicio postal universal que corresponda a una oferta de servicios postales básicos de calidad, prestados en forma permanente en todos los puntos de su territorio a precios accesibles.
2. Para ello, los Países miembros establecerán, en el marco de su legislación postal nacional o por otros medios habituales, el alcance de estos servicios postales y las condiciones de calidad y de precios accesibles, teniendo en cuenta tanto las necesidades de la población como sus condiciones nacionales.

3. Los Países miembros cuidarán que las ofertas de servicios postales y las normas de calidad sean respetadas por los operadores encargados de prestar el servicio postal universal.

4. Los Países miembros se asegurarán de que la prestación del servicio postal universal se haga en forma viable, garantizando su perennidad”.

De acuerdo con los artículos 12 y 13 del Convenio, los servicios postales se clasifican en básicos y suplementarios. Según el artículo 12, numeral 2, los servicios básicos se refieren a los envíos que incluyen:

“2.1 Los envíos prioritarios y no prioritarios de hasta 2 kilogramos.

2.2 Las cartas, las tarjetas postales, los impresos y los pequeños paquetes de hasta 2 kilogramos.

2.3 Los cecogramas de hasta 7 kilogramos.

2.4 Las sacas especiales que contienen diarios, publicaciones periódicas, libros y documentos impresos similares, consignados a la dirección del mismo destinatario y con el mismo destino, denominadas ‘sacas M’, de hasta 30 kilogramos (...)”

Según el artículo 13 del Convenio, entre los servicios postales suplementarios, consta en el numeral 3.4, el “Servicio de envíos por expreso para los envíos de correspondencia y las encomiendas”; sobre este servicio, el artículo 14 *Ibidem*, numeral 1.2, prevé:

“(…) 1.2 El EMS, que es un servicio postal exprés destinado a la transmisión de documentos y mercaderías y que será, en la medida de lo posible, el más rápido de los servicios postales por medios físicos. Este servicio podrá ser prestado sobre la base del Acuerdo tipo EMS multilateral o de acuerdos bilaterales”.

Es decir que, según los artículos 12, 13 y 14 del Convenio Universal Postal, los servicios postales a los que dicho Convenio se refiere, y que por tanto constituyen el ámbito al que se aplica, son tanto los servicios postales básicos como los suplementarios; y, entre éstos últimos se incluye el servicio postal exprés, que como se verá más adelante en nuestro ordenamiento jurídico interno el artículo 165 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, denomina mensajería acelerada.

Toda vez que la consulta trata sobre la responsabilidad del operador del servicio postal respecto de las declaraciones aduaneras, esto es aquellas relativas a los tributos al comercio exterior que graben las mercaderías que transporta, resulta pertinente considerar que de acuerdo con el numeral 1 del artículo 5 del referido Convenio, el envío postal “pertenece al expedidor hasta tanto no haya sido entregado al derechohabiente”; que según el artículo 15 numeral 1.1. “No se

admitirán los envíos que no reúnan las condiciones requeridas por el Convenio y los Reglamentos (...); que a partir del numeral 2 del artículo 15, se establecen prohibiciones aplicables a todas las categorías de envíos; y, que el artículo 18 Ibidem, prevé que los envíos están sujetos a control aduanero. Dicha norma dispone:

“Art. 18.- Control aduanero. Derechos de aduana y otros derechos.-

1. El operador designado del país de origen y el del país de destino estarán autorizados a someter los envíos a control aduanero, según la legislación de estos países.

2. Los envíos sometidos a control aduanero podrán ser gravados postalmente con gastos de presentación a la aduana cuyo importe indicativo se fijará en los Reglamentos. Esos gastos se cobrarán únicamente por concepto de la presentación a la aduana y del trámite aduanero de, los envíos que han sido gravados con derechos de aduana o con cualquier otro derecho del mismo tipo.

3. Los operadores designados que hubieren obtenido la autorización para efectuar el despacho de aduanas en nombre de los clientes podrán cobrar a los clientes una tasa basada en los costes reales de la operación. Esa tasa podrá cobrarse por todos los envíos declarados en la aduana, incluidos los envíos exentos del pago de derechos de aduana. Los clientes serán informados previamente y con claridad con respecto a esta tasa.

4. Los operadores designados estarán autorizados a cobrar a los expedidores o a los destinatarios de los envíos, según el caso, los derechos de aduana y todos los demás derechos eventuales”.

Según el tenor del numeral 3 de la norma transcrita, el operador del servicio postal, efectúa el despacho de aduanas “en nombre de los clientes”, por lo que se le faculta a cobrar a los clientes una tasa por los envíos declarados en la aduana, incluidos aquellos exentos del pago de derechos de aduana.

El artículo 21 del Convenio Postal Universal, establece la responsabilidad del operador en caso de pérdida o avería de los envíos y le impone la obligación de indemnizar a la persona a quien pertenece el envío. El tenor de dicha norma es el siguiente:

“Art. 21.- Responsabilidad de los operadores designados, Indemnizaciones

1. Generalidades.

1.1 Salvo en los casos previstos en el artículo 22, los operadores designados responderán:

1.1.1 Por la pérdida, la expoliación o la avería de los envíos certificados, las encomiendas ordinarias y los envíos con valor declarado.

1.1.2 Por la pérdida de los envíos con entrega registrada.

1.1.3 Por la devolución de los envíos certificados, los envíos con valor declarado y las encomiendas ordinarias para los que no se indique el motivo de la falta de distribución.

1.2 Los operadores designados no serán responsables por la pérdida de los envíos distintos de los mencionados en 1.1.1 y 1.1.2.

1.3 En todos los demás casos no previstos en el presente Convenio, los operadores designados no tendrán responsabilidad.

1.4 Cuando la pérdida o la avería total de un envío certificado, de una encomienda ordinaria o de un envío con valor declarado resultaren de un caso de fuerza mayor que no da lugar a indemnización, el expedidor tendrá derecho al reembolso de las tasas abonadas por el depósito del envío, con excepción de la tasa de seguro.

1.5 Los importes de la indemnización que se pagará no podrán ser superiores a los importes indicados en el Reglamento relativo a Envíos de Correspondencia y en el Reglamento relativo a Encomiendas Postales.

1.6 En caso de responsabilidad, los daños indirectos o el lucro cesante no serán tomados en consideración para el pago de la indemnización.

1.7 Todas las disposiciones relacionadas con la responsabilidad de los operadores designados son estrictas, obligatorias y exhaustivas. En ningún caso, ni siquiera en caso de falta grave, serán los operadores designados responsables fuera de los límites establecidos en el Convenio y en los Reglamentos.

2. Envíos certificados.

2.1 En caso de pérdida, de expoliación total o de avería total de un envío certificado, el expedidor tendrá derecho a una indemnización fijada en el Reglamento relativo a Envíos de Correspondencia. Si el expedidor reclamare un importe al importe fijado en el Reglamento relativo a Envíos de Correspondencia, los operadores designados tendrán la facultad de pagar ese importe menor y serán reembolsados sobre esa base por los demás operadores designados eventualmente involucrados.

2.2 En caso de expoliación parcial o de avería parcial de un envío certificado, el expedidor tendrá derecho a una indemnización que corresponderá, en principio, al importe real de la expoliación o de la avería.

3. Envíos con entrega registrada

3.1. En caso de pérdida, de expoliación total o de avería total registrada, el expedidor tendrá derecho únicamente a las abonadas por el depósito del envío.

4. Encomiendas ordinarias

4.1 En caso de pérdida, de expoliación total o de avería total de una encomienda ordinaria, el expedidor tendrá derecho a una indemnización fijada en el Reglamento relativo a Encomiendas Postales. Si el expedidor reclamare un importe inferior al Importe fijado en el Reglamento relativo a Encomiendas Postales, los operadores designados tendrán la facultad de pagar ese importe menor y serán reembolsados sobre esa base por los demás operadores designados eventualmente involucrados.

4.2 En caso de expoliación parcial o de avería parcial de una encomienda ordinaria. El expedidor tendrá derecho a una indemnización que corresponderá, en principio, al importe real de la expoliación o de la avería.

4.3 Los operadores designados podrán ponerse de acuerdo para aplicar en sus relaciones recíprocas el importe por encomienda fijado en el Reglamento relativo a Encomiendas Postales, sin tener en cuenta el peso de la encomienda.

5. Envíos con valor declarado.

5.1 En caso de pérdida, de expoliación total o de avería total de un envío con valor declarado, el expedidor tendrá derecho a una indemnización que corresponderá, en principio, al importe, en DEG, del valor declarado.

5.2 En caso de expoliación parcial o de avería parcial de un envío con valor declarado, el expedidor tendrá derecho a una indemnización que corresponderá, en principio, al importe real de la expoliación o de la avería. Sin embargo, esa indemnización no podrá en ningún caso exceder del importe, en DEG, del valor declarado.

6. En caso de devolución de un envío de correspondencia certificado o con valor declarado para el que no se indique el motivo de la falta de distribución, el expedidor tendrá, derecho únicamente a la restitución de las tasas abonadas por el depósito del envío.

7. En caso de devolución de una encomienda para la que no se indique el motivo de la falta de distribución, el expedidor tendrá, derecho a la restitución de las tasas pagadas por el depósito de la encomienda en el país de origen y de los gastos generados por la devolución de la encomienda desde el país de destino.

8. En los casos indicados en 2, 4 y 5, la indemnización se calculará según el precio corriente convertido en DEG, de los objetos o mercaderías de la misma clase, en el lugar y la época en que el envío fue aceptado para su transporte. A falta de precio corriente, la indemnización se calculará según el valor ordinario de los objetos o mercaderías, estimado sobre las mismas bases.

9. Cuando deba pagarse una indemnización por la pérdida, la expropiación total o la avería total de un envío certificado, de una encomienda ordinaria o de un envío con valor declarado, el expedidor o, según el caso, el destinatario tendrá derecho, además, a la restitución de las tasas y los derechos pagados por el depósito del envío, con excepción de la tasa de certificación o de seguro. Le asistirá el mismo derecho cuando se tratara de envíos certificados, de encomiendas ordinarias o de envíos con valor declarado rechazados por los destinatarios debido a su mal estado, siempre que tal hecho fuere imputable al servicio postal y comprometiere su responsabilidad.

10. Por derogación de las disposiciones establecidas en 2, 4 y 5, el destinatario tendrá derecho a la indemnización después de habersele entregado un envío certificado, una encomienda ordinaria o un envío con valor declarado expropiado o averiado.

11. El operador designado de origen tendrá la facultad de pagar a los expedidores en su país las indemnizaciones previstas por su legislación nacional para los envíos certificados y las encomiendas sin valor declarado, con la condición de que éstas no sean inferiores a las que se fijan en 2.1 y 4.1. Lo mismo se aplicará al operador designado de destino cuando la indemnización se pague al destinatario. Sin embargo, los importes fijados en 2.1 y 4.1 seguirán siendo aplicables:

11.1 En caso de recurrir contra el operador designado responsable.

11.2 Si el expedidor renuncia a sus derechos a favor del destinatario o a la inversa.

12. No podrá formularse ninguna reserva relacionada con el rebasamiento de los plazos de las reclamaciones y con el pago de la indemnización a los operadores designados. Incluidos los periodos y las condiciones fijados en los Reglamentos, excepto en caso de acuerdo bilateral”.

Por su parte, el artículo 22 del Convenio establece excepciones a la responsabilidad del operador, esto es los casos en que cesa su responsabilidad, establecida por el artículo 21 *Ibidem*, frente al usuario o destinatario (y no frente a la administración aduanera), respecto de pérdida o avería de los envíos. El numeral 3 de ese artículo, sobre cuya aplicación trata su consulta, tiene el siguiente tenor:

“Art. 22.- Cesación de la responsabilidad de los Países miembros y de los operadores designados:

(...) 3. Los Países miembros y los operadores designados no asumirán responsabilidad alguna por las declaraciones de aduana, cualquiera

sea la forma en que éstas fueren formuladas, ni por las decisiones adoptadas por los servicios de aduana al efectuar la verificación de los envíos sujetos a control aduanero”.

Es decir que, según el numeral 3 del artículo 22 del Convenio Postal Universal, el operador del servicio postal no tiene responsabilidad frente al usuario, respecto de las decisiones adoptadas por la aduana en ejercicio del control al que están sujetos los envíos; y por tanto, el usuario no puede reclamar al operador postal, por los eventuales recargos que le corresponda cancelar a la administración aduanera.

De las normas citadas del Convenio Universal Postal publicado en 2011, se desprende que su ámbito de aplicación está referido a la prestación de los servicios postales que incluyen los servicios básicos y suplementarios, entre ellos el servicio postal exprés; es decir que, el Convenio se aplica al transporte de envíos consistentes en correspondencia y encomiendas postales.

Por su parte, en el orden jurídico interno, de conformidad con el segundo inciso del artículo 109 del citado Código Orgánico, las mercancías que realicen tránsito aduanero internacional, están sujetas a control aduanero que ejerce el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE), con base en la potestad aduanera establecida en el artículo 207 *Ibidem*.

Tanto el tráfico postal como la mensajería acelerada o courier se regulan por la Sección IV “Regímenes de Excepción”, del referido Código, cuyos artículos 164 y 165, disponen:

“Art. 164.- Tráfico Postal.- La importación o exportación a consumo de los envíos o paquetes postales cuyo valor en aduana no exceda del límite que se establece en el reglamento se despacharán mediante formalidades simplificadas respetando los convenios internacionales suscritos al respecto, conforme los procedimientos que establezca el Servicio Nacional de Aduanas. Los envíos o paquetes que excedan el límite establecido, se sujetarán a las normas aduaneras generales”.

“Art. 165.- Mensajería acelerada o Courier.- La correspondencia, documentos y mercancías que cumplan con lo previsto en el reglamento dictado por la Directora o Director General del Servicio Nacional de Aduanas y no excedan los límites previstos en el mismo, transportados por los denominados correos rápidos, se despacharán por la aduana mediante formalidades simplificadas conforme la normativa dictada por el Servicio Nacional de Aduanas. Los envíos o paquetes que excedan el límite establecido, se sujetarán a las normas aduaneras generales”.

De acuerdo con el artículo 209 del “Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera para el Comercio, del Libro V del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones”, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 758 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 452 de 19 de mayo de 2011, el tráfico postal se debe efectuar respetando los convenios internacionales suscritos al respecto; mientras que, según el artículo 210 *Ibidem*, la mensajería acelerada puede ser prestada por el operador público, o por los operadores privados debidamente autorizados por la Aduana.

Conforme al artículo 12 del Reglamento de los Servicios Postales, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 1207, publicado en el Registro Oficial No. 391 de 29 de julio del 2008 II, Correos del Ecuador (actualmente Correos del Ecuador CDE EP), es el Operador Público del Servicio Postal Oficial del Ecuador.

Sobre la base de las atribuciones que le confieren los artículos 164 y 165 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador expidió la Resolución No. 472 publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 239 de 6 de mayo de 2014, que contiene el Reglamento para el Tráfico Postal y Mensajería Acelerada o Courier al que se han referido tanto la empresa pública consultante como el Servicio de Aduanas del Ecuador.

El artículo 1 del citado Reglamento, define entre otros, el siguiente concepto:

“EMPRESAS COURIER: Son un tipo de consolidador/ desconsolidador de carga establecidos legalmente en el país como personas jurídicas privadas o públicas que prestan servicios de transportación internacional por vía aérea y consolidación de mercancías amparadas al régimen de excepción de ‘Mensajería Acelerada o Courier’, con o sin medios de transporte propios, regulares o de contratación específica, registradas y autorizadas por el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, con aplicación de procedimientos simplificados y dentro de rangos de valor y peso previamente determinados”.

Es decir que, la diferencia entre el tráfico postal y la mensajería acelerada consiste en que en el tráfico postal el operador es público (Correos del Ecuador CDE EP, de acuerdo con el artículo 12 del Reglamento de los Servicios Postales), mientras que en la mensajería acelerada o Courier el operador puede ser público o privado (empresas de courier), según los artículos 210 del Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera para el Comercio, del Libro V del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones y 1 del Reglamento para el Tráfico Postal y Mensajería Acelerada o Courier.

El artículo 425 de la Constitución de la República, establece el orden jerárquico de aplicación de las normas y dispone:

“Art. 425.- 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 decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

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”.

Del análisis jurídico que precede se desprende que, según el artículo 1 del Convenio Universal Postal, su ámbito de aplicación está referido a todos los servicios postales, esto es a los básicos y suplementarios, entre los que según los artículos 13 numeral 3.4 y 14 numeral 1.2 se incluye al servicio postal exprés.

Es decir que, mientras el Convenio alude a la prestación de servicios postales, el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, en el ámbito interno y para fines tributarios, confiere al tráfico postal y a la mensajería acelerada, el carácter de regímenes aduaneros especiales.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, el Convenio Postal Universal se aplica a todos los servicios postales que regula dentro de su ámbito de aplicación, inclusive al servicio postal exprés al que se refiere en sus artículos 13 y 14.

En cuanto al numeral 3 del artículo 22 del Convenio Postal Universal, éste establece que el operador no tiene responsabilidad alguna por las declaraciones de aduana o respecto de las decisiones adoptadas por la Autoridad Aduanera en ejercicio del control al que están sujetos los envíos como una de las excepciones a la responsabilidad del operador frente al usuario o destinatario establecida en el artículo 21 del Convenio Postal Universal. Es decir, no está referido a la responsabilidad del operador frente a la Autoridad Aduanera.

Este pronunciamiento se limita a la inteligencia o aplicación de normas jurídicas. La competencia para la determinación de los tributos o la imposición de sanciones originadas en infracciones a las normas aduaneras corresponde a la Autoridad Aduanera ecuatoriana y no a la Procuraduría General del Estado. La aplicación de las disposiciones específicas a los casos concretos es de exclusiva responsabilidad de los funcionarios de las entidades competentes.

DESAHUCIO: LIQUIDACIÓN DE VACACIONES NO GOZADAS Y SUBROGACIÓN O ENCARGO

OF. PGE. N°: 19356 de 29-10-2014

ENTIDADES CONSULTANTE: Correos del Ecuador CDE EP

CONSULTAS:

1.- “¿Puede un servidor de carrera de empresa pública, al momento de renunciar a su cargo, ser liquidado en base al desahucio establecido en Art. 185 del Código del Trabajo?”.

2.- “¿El pago de vacaciones no gozadas por un servidor de carrera en una empresa pública, mismo que se encontraba subrogando un cargo de mayor jerarquía, debe ser en relación a la remuneración recibida por el nombramiento que ostentaba; sin incluir en este rubro el valor percibido por subrogaciones o encargo; tal como lo determina el literal c del numeral 2 del Art. 30 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República de Ecuador, Arts. 229 y 237 núm. 3.
Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Arts. 3 lit. e) y 13.
Ley Orgánica de Empresas Públicas, Arts. 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 29, 30 núm. 2, 31, 32 y 33.
Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3 inc. final, 56 penúltimo inciso, 57 último inciso y 83 lit. k).
Código del Trabajo, Arts. 9, 71, 95, 169 núm. 2, 184, 185, 216, 545 núm. 5, 568 y 624.
Reglamento Interno de Gestión del Talento Humano de esa Empresa Pública, Art. 125.

PRONUNCIAMIENTOS:

Me refiero al oficio No. CDE E.P.-2014-GG-181-PIC de 13 de agosto de 2014, ingresado el 14 de agosto del presente año, por el que doctor

Williams Saud Reich, entonces Gerente General de Correos del Ecuador CDE EP, reformula las consultas inicialmente planteadas en oficio No. CDE E.P.-2014-GG-151-PIC de 17 de julio de 2014.

Mediante oficio No. CDE E.P.-2014-GG-151-PIC de 17 de julio de 2014, ingresado el 22 de julio del presente año, la empresa pública Correos del Ecuador formuló inicialmente tres consultas sobre temas relacionados con las remuneraciones de los servidores de esa empresa.

Con oficio No. 18205 de 28 de julio de 2014, este Organismo solicitó a la empresa pública consultante, reformular los términos de las consultas, a fin de que traten sobre la inteligencia o aplicación de una norma jurídica, de manera que guarden armonía con las competencias que asignan a esta entidad los artículos 237 numeral 3 de la Constitución de la República y los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. En el mismo oficio se solicitó remitir en texto independiente, el criterio jurídico debidamente fundamentado sobre las consultas reformuladas.

A fin de contar con mayores elementos de análisis, en forma previa a atender sus consultas, con oficio No. 18206 de 28 de julio de 2014, se requirió el criterio institucional del Ministerio de Relaciones Laborales.

Con oficio No. CDE E.P.-2014-GG-181-PIC de 13 de agosto de 2014, ingresado el 14 de agosto del presente año, esa empresa pública reformuló sus consultas y remitió el informe del Director Nacional de Asesoría, Patrocinio y Coactivas de esa entidad, contenido en memorando No. CDE EP-2014-DNAPC-067-JC de 13 de agosto de 2014.

Con oficio No. 18474 de 18 de agosto de 2014, este Organismo se dirigió al Ministro de Relaciones Laborales y le solicitó que, al atender el pedido contenido en oficio No. 18206 de 28 de julio de 2014 y remitir su criterio institucional, se consideren las dos preguntas reformuladas por el Gerente General de Correos del Ecuador.

En oficio No. 18672 de 4 de septiembre de 2014, esta Procuraduría insistió al Ministerio de Relaciones Laborales, se atienda el requerimiento mencionado en el párrafo precedente, sin que hasta la presente fecha se haya recibido respuesta.

Con tales antecedentes, atiendo las consultas reformuladas en oficio No. CDE E.P.-2014-GG-181-PIC de 13 de agosto de 2014, en el mismo orden en que ahí han sido planteadas.

PRIMERA CONSULTA

El informe del Director Nacional de Asesoría, Patrocinio y Coactivas de la Empresa Pública Correos del Ecuador, cita entre otras normas los artículos 184, 185 y 624 del Código del Trabajo, que regulan el desahucio, su trámite y las bonificaciones por tal concepto; así como el artículo 125 del Reglamento Interno de Gestión del Talento Humano de esa Empresa Pública, que incluye a la renuncia entre las causas de cesación de funciones de los servidores públicos.

Sobre dicha base normativa, el referido informe jurídico manifiesta y concluye:

“En primera instancia, es necesario señalar que el desahucio es solicitado, como se ha transcrito, ante el Inspector del trabajo, siempre y cuando el trabajador (obrero) y más no es servidor (sic) de empresa pública bajo el régimen de la LOEP, cumpla con las premisas de ley. Es notorio que el pedido de inclusión del equivalente al 25% adicional a la última remuneración percibida, misma que fue como Abogada 3, por cada año de servicio, no tiene asidero legal alguno, pues se está solicitando de manera expresa los derechos de una obrera.

(...) (además de ser) inadmisibles para un servidor de carrera de la empresa pública regido bajo la Ley Orgánica de Empresas Públicas, proceder a la liquidación por desahucio según lo determinado en el Art. 185 del Código de Trabajo”.

La Gestión del talento humano de las empresas públicas es materia reglada por el Título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, desde el artículo 16 hasta el 33.

De conformidad con el segundo inciso del artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, “El Directorio, en aplicación de lo dispuesto por esta Ley, expedirá las normas internas de administración del talento humano, en las que se regularán los mecanismos de ingreso, ascenso, promoción, régimen disciplinario, vacaciones y remuneraciones para el talento humano de las empresas públicas”.

La naturaleza jurídica de la relación con el talento humano de las empresas públicas y las modalidades de designación y contratación de su personal, están reguladas por los artículos 18 y 19 de la citada Ley Orgánica de Empresas Públicas, normas que en su orden disponen:

“Art. 18.- NATURALEZA JURIDICA DE LA RELACION CON EL TALENTO HUMANO.- Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten

servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro de las empresas públicas.

La prestación de servicios del talento humano de las empresas públicas se someterá de forma exclusiva a las normas contenidas en esta Ley, a las leyes que regulan la administración pública y a la Codificación del Código del Trabajo, en aplicación de la siguiente clasificación:

- a. Servidores Públicos de Libre Designación y Remoción.- Aquellos que ejerzan funciones de dirección, representación, asesoría y en general funciones de confianza;
- b. Servidores Públicos de Carrera.- 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; y,
- c. Obreros.- Aquellos definidos como tales por la autoridad competente, aplicando parámetros objetivos y de clasificación técnica, que incluirá dentro de este personal a los cargos de trabajadoras y trabajadores que de manera directa formen parte de los procesos operativos, productivos y de especialización industrial de cada empresa pública.

Las normas relativas a la prestación de servicios contenidas en leyes especiales o en convenios internacionales ratificados por el Ecuador serán aplicadas en los casos específicos a las que ellas se refieren”.

“Art. 19.- MODALIDADES DE DESIGNACION Y CONTRATACION DEL TALENTO HUMANO.-

Las modalidades de vinculación de los servidores públicos y obreros de las empresas públicas son las siguientes:

1. Nombramiento para personal de libre designación y remoción, quienes no tendrán relación laboral. Su régimen observará las normas contenidas en el capítulo II del Título III de esta Ley;
2. Nombramiento para servidores públicos, expedido al amparo de esta Ley y de la normativa interna de la Empresa Pública; y,
3. Contrato individual de trabajo, para los obreros, suscritos al amparo de las disposiciones y mecanismos establecidos en la Codificación del Código del Trabajo y en el contrato colectivo que se celebre”.

Por su parte, el artículo 20 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, establece los principios rectores de la administración del talento humano de esas entidades, entre ellos la definición de estructuras ocupacionales que respondan a las características específicas de cada empresa (numeral 2).

Los artículos 23, 29 y 32 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas aluden expresamente a la existencia de relación laboral entre las empresas públicas y sus servidores de carrera u obreros y en tal contexto, asignan competencia en esa materia a los jueces del trabajo y a las autoridades del trabajo, según consta en el texto de dichas normas, que es el siguiente:

“Art. 23.- RETIRO VOLUNTARIO.- Los servidores u obreros de las empresas públicas que terminen la relación laboral por retiro voluntario, recibirán el pago de un monto de hasta siete salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio, y hasta un máximo de 210 salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado. El Reglamento General de esta Ley establecerá los requisitos para los programas de retiro voluntario”.

“Art. 29.- COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO.- Para efectos de la competencia y del procedimiento en las relaciones contractuales generadas entre las empresas públicas y servidores públicos de carrera u obreros, se estará a lo dispuesto en esta Ley y en el Art. 568 y siguientes de la Codificación del Código del Trabajo.

Para efectos del desistimiento, del abandono y de la prescripción, se estará a lo dispuesto en el Título VIII de la Codificación del Código de Trabajo”.

“Art. 32.- SOLUCION DE CONTROVERSIAS.- Las controversias que se originaren de las relaciones laborales entre las empresas públicas y sus servidores de carrera u obreros, serán resueltas por la autoridad del trabajo o los jueces de trabajo competentes, quienes para el efecto observarán las disposiciones especiales previstas en este Título”.

En sentencia No. 007-11-SCN-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 482 de 1 de julio de 2011, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de los artículos 29 y 31 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que tratan sobre la competencia y procedimiento para la solución de las controversias que se originen en las relaciones laborales entre las empresas públicas y sus servidores de carrera u obreros; y, sobre la aplicación de las prohibiciones previstas en el Código del Trabajo, a los servidores de carrera y obreros de las empresas públicas.

La referida sentencia se sustenta en la especialidad de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, respecto de las leyes que rigen para la administración en materia de gestión del talento humano, exponiendo que:

“Conforme se observa, lo que ha procurado el constituyente para que efectivamente las empresas públicas no compitan en inferioridad de condiciones con el resto de empresas, es que éstas sean manejadas de diferente manera que la administración general, pues las empresas públicas buscan, entre otros objetivos, ser competitivas y con alta rentabilidad social y rendimiento, siendo una forma de gestión de recursos para lograr la consecución de los objetivos para los que fue creado el Estado, esto es, la realización de los derechos de sus coasociados.

(...) la Corte Constitucional encuentra que el artículo 29 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas no vulnera el artículo 229 de la Constitución, sino que en su lugar ha establecido un régimen propio y especial para el personal de empresas públicas, razón por la cual no cabe distinguir una jurisdicción para los servidores y otra para los obreros, cabiendo una sola jurisdicción (la de los jueces laborales, en virtud del artículo 568 del Código del Trabajo) que guarda concordancia con la remisión específica que el artículo 315 de la Constitución de la República en el inciso segundo confiere a la ley para la regulación de empresas públicas. Además, no existe la aparente antinomia entre la Ley Orgánica de Empresas Públicas y la Ley Orgánica de Servicio Público, pues esta última, en los artículos 3 inciso final, 56 penúltimo inciso, 57 último inciso y 83 letra k) ha reconocido el régimen propio y especial del personal de las empresas públicas”.

Resulta pertinente considerar que el artículo 29 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, cuya constitucionalidad declaró la sentencia previamente transcrita, trata sobre la competencia de los jueces laborales para resolver las controversias judiciales que surjan respecto del personal de servidores de carrera y obreros de las empresas públicas y adicionalmente confiere atribución a las autoridades del trabajo, para resolver los temas relacionados con las relaciones laborales que existen entre las empresas públicas y sus servidores públicos de carrera y obreros, según aparece del tenor de esa norma, que fue transcrita en los antecedentes.

Sobre la base de la sentencia constitucional previamente citada y los artículos 17, 18 y 19 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, con respecto a la aplicación del régimen laboral establecido por el Código del Trabajo a los servidores públicos (excepto los de libre remoción) y obreros de esas entidades, la Procuraduría General del Estado se ha pronunciado reiteradamente en los oficios Nos. 11004 y 11163 de 11 y 20 de diciembre de 2012; 14861 de 27 de septiembre de 2013 y 16958 de 11 de abril de 2014. Así, en el primero de dichos pronunciamientos expuse:

“Por tanto, conforme a los artículos 17, 18 y 19 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y la sentencia de la Corte Constitucional previamente transcrita, el personal de empleados y obreros de las empresas públicas se encuentran sujetos al régimen laboral establecido en el Código del Trabajo, salvo el caso del personal con nombramiento de libre designación y remoción, quienes no tienen relación laboral, según prescribe el numeral 1 del citado artículo 19 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas”.

A lo dicho en el pronunciamiento de la referencia, es pertinente agregar que la existencia de relaciones laborales entre los servidores de carrera y obreros de las empresas públicas y esas entidades, está prevista en forma expresa por los artículos 23 y 32 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que antes fueron transcritos; y, el artículo 31 de esa Ley, alude también a la aplicación del Código del Trabajo al personal (excepto libre designación y remoción) de las empresas públicas cuando dispone: “Además de las prohibiciones previstas en la Codificación del Código del Trabajo, que se aplicarán a los servidores de carrera y obreros de la empresa pública, se establecen las siguientes (...)” prohibiciones específicas que esa norma establece en siete numerales.

Finalmente corrobora la aplicación de Código del Trabajo al personal de servidores de carrera y obreros de las empresas públicas, la previsión del artículo 33 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que explícitamente confiere al Código del Trabajo el carácter de norma supletoria, para efectos de la administración del talento humano de las empresas públicas. Dicha norma, tiene el siguiente tenor:

“Art. 33.- NORMAS SUPLETORIAS.- En todo lo no previsto expresamente en este Título y siempre que no contrarie los principios rectores de la administración del talento humano de las empresas públicas, se estará a lo que dispone la Codificación del Código de Trabajo en lo relativo a la contratación individual”.

Es decir que, según los artículos 23, 31 y 32 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, existe relación laboral entre las empresas públicas y sus servidores de carrera y obreros; y, de acuerdo con el artículo 33 de esa Ley, las disposiciones del Código del Trabajo son aplicables a la gestión del talento humano de las empresas públicas en forma supletoria, esto es, en aquellas materias respecto de las cuales la propia Ley Orgánica de Empresas Públicas y la normativa específica de la empresa expedida por el Directorio de acuerdo con el artículo 17 *Ibidem*, no hubieren reglado en forma expresa.

En el pronunciamiento de este Organismo, contenido en oficio No. 11004 de 11 de diciembre de 2012, en atención a una consulta

formulada sobre la aplicación de las normas del Código del Trabajo que regulan la jubilación patronal y desahucio a las empresas públicas, concluí en forma general que:

“(…) de acuerdo con los artículos 216 y 184 del Código del Trabajo, tanto la jubilación patronal como el desahucio, son derechos de los empleados y obreros del sector público amparados por el Código del Trabajo.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, las empresas públicas deben efectuar la provisión de la jubilación patronal y desahucio de sus empleados y obreros amparados por el Código del Trabajo, conforme a los artículos 216, 184 y 185 del Código del Trabajo, sin que ello contravenga la prohibición establecida por el artículo 22 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, referida al aporte de recursos públicos destinados a financiar fondos privados de jubilación o cesantía”.

El concepto de trabajador, contenido en el artículo 9 del Código del Trabajo, incluye tanto al empleado como al obrero. Dicha norma dispone:

“Art. 9.- Concepto de trabajador.- La persona que se obliga a la prestación del servicio o a la ejecución de la obra se denomina trabajador y puede ser empleado u obrero”.

Las causas de terminación del contrato individual de trabajo constan en el artículo 169 del Código del Trabajo; entre ellas, el acuerdo de las partes (numeral 2) y el desahucio (numeral 9). Es decir que la renuncia no constituye causa de terminación de la relación laboral; de ser presentada por el trabajador y aceptada por el empleador, la relación de trabajo termina por acuerdo de las partes según el numeral 2 del artículo 169 del Código del Trabajo.

Por su parte, el artículo 184 *Ibidem* define al desahucio como “(…) el aviso con el que una de las partes hace saber a la otra que su voluntad es la de dar por terminado el contrato”; el artículo 185 del mismo Código establece las bonificaciones por desahucio, que se paga cuando la relación laboral termina por esa causa; y, el numeral 5 del artículo 545 *Ibidem*, confiere a los inspectores del trabajo atribución para notificar los desahucios.

Si bien los artículos 169 numeral 9 y 184 Código del Trabajo se refieren al desahucio como forma de terminación del contrato individual de trabajo, el artículo 185 *Ibidem* describe al desahucio como mecanismo que pone fin a la “relación laboral”.

La doctrina explica que existen varias fuentes que dan origen al concepto de relación laboral o relación de trabajo, entre ellas:

“a) vínculo obligacional derivado de un contrato de trabajo, que sirve de fundamento a esa relación y sustenta sus efectos; b) toda relación obligatoria laboral, proceda de un contrato de trabajo o de otra fuente jurídica, como la ley o un reglamento; c) el vínculo de ocupación o empleo que surge del trabajo como hecho, exista o no exista obligación de prestar trabajo; d) como totalidad de nexos entre el empresario y los trabajadores. (Martín Blanco, citado en Cabanellas, pp. 336-337)”, referido por Monesterolo, (2011) Curso de Derecho Laboral Ecuatoriano, Biblos Lex, Loja, pág. 80.

Del análisis de las normas y la doctrina citada se desprende que, la relación laboral no nace exclusivamente del contrato individual de trabajo, sino que puede tener otras fuentes como la ley.

Según ha concluido la sentencia de la Corte Constitucional citada en los antecedentes, la Ley Orgánica de Empresas Públicas establece “(...) un régimen propio y especial para el personal de las empresas públicas, razón por la cual no cabe distinguir una jurisdicción para los servidores y otra para los obreros, cabiendo una sola jurisdicción la de los jueces laborales, en virtud del artículo 568 del Código del Trabajo”.

El artículo 33 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, confiere al Código del Trabajo el carácter de norma supletoria para la gestión del talento humano de las empresas públicas, que se clasifica de la siguiente forma:

- a) Personal de libre designación y remoción, quienes no tienen relación laboral según el numeral 1 del artículo 19 de esa Ley;
- b) Servidores públicos de carrera, que según los artículos 18 letra b) y 19 numeral 2 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se designan mediante nombramiento expedido al amparo de esa Ley y la normativa interna de la empresa; y,
- c) Obreros vinculados mediante contrato individual de trabajo, de acuerdo con el numeral 3 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

No existe duda sobre la aplicación del régimen laboral que establece el Código del Trabajo para los obreros de las empresas públicas, por la previsión expresa que ese Código establece en el numeral 3 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Respecto de los servidores públicos de carrera de esas entidades, del análisis jurídico efectuado se observa que no obstante su designación mediante nombramiento, según el numeral 2 del citado artículo 19 de su Ley Orgánica, están vinculados con la respectiva empresa mediante relación laboral según los artículos 23, 31 y 32 *Ibidem* y que, en lo no previsto en esa Ley están sujetos supletoriamente al régimen laboral previsto en el Código del Trabajo en lo relativo a la contratación individual, por la remisión explícita que efectúa el artículo 33 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, todo lo cual guarda armonía con lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia que fue citada en los antecedentes, que reconoce un régimen propio y especial al personal de las empresas públicas y con lo que manifesté en el pronunciamiento contenido en oficio No. 11004 de 11 de diciembre de 2012, en el que se concluyó que: “(...) el personal de empleados y obreros de las empresas públicas se encuentran sujetos al régimen laboral establecido en el Código del Trabajo, salvo el personal con nombramiento de libre designación y remoción, quienes no tiene relación laboral”.

Del análisis jurídico efectuado se desprende que, sin perjuicio de que según el artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, la administración del talento humano de esas entidades se rige por las normas que expida el Directorio, según el artículo 33 de la citada Ley, el Código del Trabajo constituye norma supletoria en esa materia siempre que no contrarie los principios rectores de la administración del talento humano de las empresas establecidos en el artículo 20 *Ibidem*.

En tal contexto, la renuncia de un servidor de carrera de una empresa pública una vez aceptada, da lugar a que la relación laboral termine por acuerdo de las partes, según el numeral 2 del artículo 169 del Código del Trabajo; esto es, por una causal distinta del desahucio al que se refiere el numeral 9 de esa norma.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, la renuncia del servidor aceptada por la empresa pública, configura terminación de la relación laboral por acuerdo entre las partes y por tanto no da lugar al reconocimiento de la bonificación por desahucio establecida en el artículo 185 del Código del Trabajo. Dicha bonificación se deberá liquidar cuando la empresa pública hubiera sido notificada por un inspector del trabajo, con la solicitud de desahucio formulada por el trabajador en los términos de los artículos 184 y 545 numeral 5 de ese cuerpo normativo.

La aplicación supletoria de las disposiciones del Código del Trabajo que prevé el artículo 33 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas no da lugar a la acumulación de los beneficios económicos que cada uno de

esos cuerpos normativos establece; en consecuencia, en caso de finiquitarse una relación laboral, el servidor de una empresa pública no podrá percibir simultáneamente la bonificación por desahucio que prevé el artículo 185 del Código del Trabajo y la bonificación por retiro voluntario que establece el artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, pues no se puede duplicar el beneficio que el servidor percibe por su cesación. En consecuencia, el pago de una bonificación excluye el de otra.

El presente pronunciamiento se limita a la aplicación e inteligencia de normas jurídicas, sin perjuicio de las resoluciones que puedan adoptar los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial, en el ámbito de sus atribuciones.

SEGUNDA CONSULTA

El informe jurídico de la empresa consultante, que consta en memorando No. CDE EP-2014-GEJ-009-IS de 17 de julio de 2014, cita los artículos 21 y 30 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y manifiesta que: “(...) es notorio que la misma ley excluye de la REMUNERACIÓN del Servidor de Empresa Pública, a los valores por subrogaciones o encargos”.

El artículo 21 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas regula la subrogación o encargo en los siguientes términos:

“Art. 21.- SUBROGACION O ENCARGO.- Cuando por disposición de la ley o por orden escrita de autoridad competente, un servidor deba subrogar a superiores jerárquicos o ejercer un encargo en los que perciban mayor remuneración mensual unificada, éste recibirá la diferencia de la remuneración mensual unificada, obtenida entre el valor que percibe al subrogante y el valor que perciba el subrogado, durante el tiempo que dure el reemplazo y a partir de la fecha en que se inicia tal encargo o subrogación, sin perjuicio del derecho del titular a recibir la remuneración que le corresponda”.

Según se desprende de su tenor, el artículo 21 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas prevé el pago de una diferencia de remuneración para el caso en que un servidor público subrogue temporalmente a un superior jerárquico que percibe una remuneración mayor.

Por su parte, el numeral 2 del artículo 30 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, sobre cuya aplicación trata la consulta, dispone:

“Art. 30.- NORMAS GENERALES PARA LA REGULACION DE CONDICIONES DE TRABAJO CON SERVIDORES DE CARRERA Y

OBREROS.- En la relación de trabajo entre los servidores de carrera sujetos a esta Ley y los obreros, se observarán las siguientes normas:

(...) 2. No forma parte de la remuneración: a) Los valores correspondientes al componente variable por cumplimiento de metas; b) Las décima tercera y cuarta remuneraciones, viáticos, subsistencias y movilizaciones; y, c) Los valores por las subrogaciones y encargos”.

De la norma previamente citada se desprende que, la diferencia de remuneración que el servidor público de una empresa pública, percibe por concepto de subrogaciones o encargos en puestos de mayor jerarquía, no forma parte de su remuneración, pues se trata de un valor que se le cancela únicamente durante el tiempo que dure el reemplazo y a partir de la fecha en que se inicia tal encargo o subrogación y sin perjuicio del derecho del titular.

Mientras que, en caso de cesación del servidor, la liquidación de haberes que se practique debe considerar los rubros que por su carácter de permanentes, integren normalmente la remuneración mensual unificada del respectivo servidor.

Sobre la liquidación de vacaciones, los artículos 71 y 95 del Código del Trabajo, disponen en su orden lo siguiente:

“Art. 71.- Liquidación para pago de vacaciones.- La liquidación para el pago de vacaciones se hará en forma general y única, computando la veinticuatroava parte de lo percibido por el trabajador durante un año completo de trabajo, tomando en cuenta lo pagado al trabajador por horas ordinarias, suplementarias y extraordinarias de labor y toda otra retribución accesoria que haya tenido el carácter de normal en la empresa en el mismo período, como lo dispone el artículo 95 de este Código.

Si el trabajador fuere separado o saliere del trabajo sin haber gozado de vacaciones, percibirá por tal concepto la parte proporcional al tiempo de servicios”.

“Art. 95.- Sueldo o salario y retribución accesoria.- Para el pago de indemnizaciones a que tiene derecho el trabajador, se entiende como remuneración todo lo que el trabajador reciba en dinero, en servicios o en especies, inclusive lo que percibiere por trabajos extraordinarios y suplementarios, a destajo, comisiones, participación en beneficios, el aporte individual al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social cuando lo asume el empleador, o cualquier otra retribución que tenga carácter normal en la industria o servicio.

Se exceptúan el porcentaje legal de utilidades el pago mensual del fondo de reserva, los viáticos o subsidios ocasionales, la decimotercera y decimocuarta remuneraciones, la compensación económica para el salario digno, componentes salariales en proceso de incorporación a las remuneraciones, y el beneficio que representan los servicios de orden social”.

Las disposiciones citadas del Código del Trabajo son aplicables a las empresas públicas en forma supletoria, según prescribe el artículo 33 de la Ley Orgánica que las rige, transcrito al atender su primera pregunta.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de acuerdo con la letra c) del numeral 2 del artículo 30 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, los valores percibidos por un servidor de carrera, por concepto de subrogaciones o encargos, no constituyen rubros permanentes que integren su remuneración; en consecuencia, de conformidad con los artículos 71 y 95 del Código del Trabajo, dichos valores no se incluyen para efectos de la liquidación de vacaciones no gozadas.

DISCAPACITADOS: REBAJAS EN EL VALOR DEL CONSUMO DE SERVICIO PÚBLICO

OF. PGE. N°: 18195 de 25-07-2014

ENTIDAD CONSULTANTE: Empresa Eléctrica Pública de Guayaquil EP

CONSULTA:

“¿Se debe aplicar el artículo 79 de la Ley Orgánica de Discapacidades sin consideración alguna del grado de discapacidad del beneficiario; o, en su defecto, se debe aplicar el artículo 79 de la Ley Orgánica de Discapacidades tomando como base el grado de discapacidad establecido en el artículo 6 del Reglamento de dicha ley?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 11 núm. 2, 35, 47 y 85 num. 1.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Art. 13 inc. segundo.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 3.

Ley Orgánica de Discapacidades, Arts. 4, 6 inc. segundo, 74, 79 núms. 1 al 5; y, 6 de su Reglamento.

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

Código Tributario, Art. 1.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Art. 4 lit. b).

PRONUNCIAMIENTO:

De acuerdo con el segundo inciso del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, mediante oficio No. 17673 de 11 de junio de 2014, este Organismo le solicitó remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado por el Asesor Jurídico de esa entidad, lo que ha sido atendido con oficio No. EEPG-GGE-2014-0738-OF de 16 de junio de 2014, recibido el 18 de junio del presente año.

En forma previa a atender su consulta y a fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficio No. 17672 de 11 de junio de 2014, esta Entidad requirió el criterio institucional del Director Ejecutivo del Consejo Nacional de Igualdad de Discapacidades, quien con oficio No. CONADIS-DE-2014-0492-O de 25 de junio de 2014, solicitó un plazo adicional para atender dicho requerimiento.

Con oficio No. 17905 de 30 de junio de 2014, la Procuraduría General del Estado concedió al Consejo Nacional de Igualdad de Discapacidades una prórroga para la remisión del criterio institucional requerido, que ha sido enviado por su Directora Ejecutiva Subrogante mediante oficio No. CONADIS-DE-2014-0525-O de 4 de julio de 2014, ingresado el 4 de julio del presente año.

El criterio de la Gerente Jurídica de la Empresa Pública consultante, contenido en memorando No. EEPG-GJU-2014-0628-M de 2 de junio de 2014 invoca el principio de interpretación pro homine contenido en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; y, cita entre otras normas, el artículo 35 de la Constitución de la República que se refiere a los grupos de atención prioritaria; y, sobre dicha base concluye que:

“(…) el artículo 79 de la Ley Orgánica de Discapacidades debe de aplicarse sin consideración al grado de discapacidad del beneficiario, ya que tal disposición – a diferencia del artículo 6, inciso final *ibidem* – no hace distinción alguna respecto al grado de discapacidad del beneficiario, ni supedita la aplicación del total del beneficio a aquello, sino que de forma clara y determinante manda a aplicar la rebaja del cincuenta por ciento del valor del consumo mensual, hasta en un cincuenta por ciento (50%) del salario básico unificado del trabajo

privado en general, sin distinción alguna respecto al grado de discapacidad”.

Por su parte, la Directora Ejecutiva Subrogante del Consejo Nacional de Igualdad de Discapacidades, en el oficio al que se ha hecho referencia en los antecedentes, invoca el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución de la República que establece el principio de igualdad de las personas; y, su artículo 85 que regula la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos, previendo en su numeral 1 que: “1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad”.

Invoca adicionalmente la letra b) del artículo 4 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que establece la obligación de los Estados de “*Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad*”; y, el artículo 4 de la Ley Orgánica de Discapacidades que establece los principios de no discriminación, in dubio pro hominem e igualdad de oportunidades, en beneficio de las personas con discapacidad. Manifiesta que: “(...) el Art. 6 del Reglamento, se limita a tratar los beneficios tributarios al referir como ‘*régimen tributario para las personas con discapacidad*’ (...). Por tanto, en el artículo 6 del Reglamento al describir como servicio de energía eléctrica, no responde a ningún tributo (...)”; y, sobre dicha base concluye:

“(...) los grados de discapacidad serían únicamente aplicables y considerados para efectos de los beneficios tributarios contemplados en la misma Ley Orgánica de Discapacidades y su Reglamento y no para el servicio de energía eléctrica, los cuales deberían mantenerse con el mismo beneficio conforme lo determinado en el numeral 2 del art. 79 de la Ley”.

De acuerdo con el artículo 47 de la Constitución de la República, las personas con discapacidad conforman un grupo de atención prioritaria y gozan, entre otros derechos, de los siguientes: “3. Rebajas en los servicios públicos”.

Las normas sobre cuya aplicación trata la consulta, son las contenidas en los artículos 79 de la Ley Orgánica de Discapacidades y 6 de su Reglamento, que establecen rebajas en el valor del consumo del servicio público de energía eléctrica, en beneficio de los usuarios con discapacidad.

Resulta pertinente considerar que, el artículo 6 de la Ley Orgánica de Discapacidades, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 796 de 25 de septiembre de 2012, define a la persona con discapacidad y se remite al Reglamento a esa Ley, para efectos de establecer el grado de discapacidad. Dicha norma dispone lo siguiente:

“Art. 6.- Persona con discapacidad.- Para los efectos de esta Ley se considera persona con discapacidad a toda aquella que, como consecuencia de una o más deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, con independencia de la causa que la hubiera originado, ve restringida permanentemente su capacidad biológica, psicológica y asociativa para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, en la proporción que establezca el Reglamento.

Los beneficios tributarios previstos en esta ley, únicamente se aplicarán para aquellos cuya discapacidad sea igual o superior a la determinada en el Reglamento.

El Reglamento a la Ley podrá establecer beneficios proporcionales al carácter tributario, según los grados de discapacidad, con excepción de los beneficios establecidos en el Artículo 74”.

El segundo inciso del artículo 6 de la Ley Orgánica de Discapacidades, se refiere expresamente a los beneficios tributarios aplicables a las personas con discapacidad; por lo que, para el análisis de la consulta, resulta pertinente considerar que las tasas retributivas de servicios públicos tienen carácter tributario, lo que se corrobora con la clasificación que efectúa el segundo inciso del artículo 1 del Código Tributario, cuyo tenor es el siguiente: “(...) entiéndase por tributos, los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales o de mejora”.

La sentencia de la Corte Constitucional publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 644 de 29 de julio de 2009, al analizar la naturaleza jurídica de los pagos hechos por los usuarios de servicios públicos esenciales cuya competencia corresponde al Estado, manifestó:

“(…) como consecuencia de la prestación de dicho servicio monopólico, el Estado establece un tributo que grava la producción, venta o consumo del bien o la utilización de dicho servicio. En este caso, el monopolio facilita y generalmente aumenta la recaudación de tributo. El ingreso es, claro está, un ingreso tributario, (en el caso sub judice por concepto de una tasa), un ingreso público de derecho público”.

Sobre dicha base, en pronunciamiento contenido en oficio No. 10102 de 9 de octubre de 2012, sobre la naturaleza jurídica de las tasas que graban los servicios públicos concluí:

“Del análisis efectuado por la Corte Constitucional en la sentencia que se ha citado se concluye que, los servicios públicos esenciales son de competencia exclusiva del Estado; que al ser responsable de su prestación, le corresponde a éste cobrar tributos por sus actividades, específicamente, tasas; que la tasa es un tributo vinculado cuyo hecho generador consiste en la realización de una actividad estatal; y, que siendo la tasa un ingreso tributario, tiene naturaleza pública.

(...) En atención a los términos de su consulta se concluye que, los recursos provenientes de la recaudación por concepto de la prestación del servicio público de agua potable, tienen el carácter jurídico de tasas, que son tributos de conformidad con el segundo inciso del artículo 1 del Código Tributario, y por tanto constituyen recursos públicos en los términos que establece el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, independientemente del sujeto que los recaude”.

Es decir que, según los pronunciamientos de esta entidad y la sentencia de la Corte Constitucional que se han citado, las tasas retributivas de servicios públicos tienen carácter tributario. En consecuencia, la tasa que graba el consumo de energía eléctrica, tiene carácter tributario.

El artículo 79 de la misma Ley, sobre cuya aplicación trata la consulta tiene el siguiente tenor:

“Art. 79.- Servicios.- Para el pago de los servicios básicos de suministro de energía eléctrica, agua potable y alcantarillado sanitario, internet, telefonía fija y móvil, a nombre de usuarios con discapacidad o de la persona natural o jurídica sin fines de lucro que represente legalmente a la persona con discapacidad, tendrán las siguientes rebajas:

1. El servicio de agua potable y alcantarillado sanitario tendrá una rebaja del cincuenta por ciento (50%) del valor del consumo mensual hasta por diez (10) metros cúbicos;
2. El servicio de energía eléctrica tendrá una rebaja del cincuenta por ciento (50%) del valor del consumo mensual hasta en un cincuenta por ciento (50%) del salario básico unificado del trabajador privado en general;

3. El servicio de telefonía fija estará considerada dentro de las tarifas populares y de conformidad a la regulación vigente;

4. El servicio de telefonía móvil tendrá una rebaja del cincuenta por ciento (50%) del valor del consumo mensual de hasta trescientos (300) minutos en red, los mismos que podrán ser equivalentes de manera proporcional total o parcial a mensajes de texto; y,

5. El servicio de valor agregado de internet fijo de banda ancha tendrá una rebaja del cincuenta por ciento (50%) del valor del consumo mensual en los planes comerciales.

En los suministros de energía eléctrica, internet fijo, telefonía fija, agua potable y alcantarillado sanitario, la rebaja será aplicada únicamente para el inmueble donde fije su domicilio permanente la persona con discapacidad y exclusivamente a una cuenta por servicio.

Además, las personas jurídicas sin fines de lucro que tengan a su cargo centros de cuidado diario y/o permanente para las personas con discapacidad, debidamente acreditadas por la autoridad nacional encargada de la inclusión económica y social, se exonera hasta el cincuenta por ciento (50%) del valor de consumo que causare el uso de los servicios de los medidores de energía eléctrica, de agua potable y alcantarillado sanitario y telefonía fija. El valor de la rebaja no podrá exceder del veinticinco por ciento (25%) de la remuneración básica unificada del trabajador privado en general.

En caso de que el consumo de los servicios exceda los valores objeto de rebaja y de generarse otros valores, los mismos se pagarán en base a la tarifa regular.

El beneficio de rebaja del pago de los servicios, de ser el caso, estará sujeta a verificación anual por parte de las instituciones públicas y/o privadas prestadoras de los servicios”.

El artículo previamente citado está ubicado en la Sección Octava de la Ley Orgánica de Discapacidades, que trata “De las Tarifas Preferenciales, Exenciones Arancelarias y del Régimen Tributario”.

Según su tenor, el numeral 2 del artículo 79 de la Ley Orgánica de Discapacidades, establece en beneficio de los usuarios discapacitados una rebaja del 50% del valor del consumo del servicio de energía eléctrica, hasta el 50% del salario básico unificado del trabajador; es decir que la norma determina un porcentaje de rebaja (50% del valor del consumo) así como un límite máximo en su monto o techo. De acuerdo con el penúltimo inciso de la misma norma, si el consumo del

servicio excede los valores objeto de rebaja (techo), dicho exceso se pagará en base a la tarifa regular.

Por su parte, respecto de los beneficios que establece la Sección Octava de la Ley Orgánica de Discapacidades, entre ellos la rebaja en el valor del consumo de energía eléctrica según el numeral 2 del artículo 79 previamente citado, el artículo 6 del Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 171 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 145 de 17 de diciembre de 2013, dispone lo siguiente:

“Art. 6.- Beneficios tributarios.- El régimen tributario para las personas con discapacidad y los correspondientes sustitutos, se aplicará de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Discapacidades, este Reglamento y la normativa tributaria que fuere aplicable.

Los beneficios tributarios previstos en la Ley Orgánica de Discapacidades, únicamente se aplicarán para aquellas personas cuya discapacidad sea igual o superior al cuarenta por ciento.

Los beneficios tributarios de exoneración del Impuesto a la Renta y devolución del Impuesto al Valor Agregado, así como aquellos a los que se refiere la Sección Octava del Capítulo Segundo del Título II de la Ley Orgánica de Discapacidades, se aplicarán de manera proporcional, de acuerdo al grado de discapacidad del beneficiario o de la persona a quien sustituye, según el caso, de conformidad con la siguiente tabla:

Grado de Discapacidad	Porcentaje para aplicación del beneficio
Del 40% al 49%	60%
Del 50% al 74%	70%
Del 75% al 84%	80%
Del 85% al 100%	100%”.

Según su tenor, el artículo 6 del Reglamento a la Ley de Discapacidades prevé que los beneficios tributarios que establece la Sección Octava de esa Ley, entre ellos la rebaja en el valor correspondiente al consumo de energía eléctrica (artículo 79 numeral 2), se deben aplicar respecto de personas cuya discapacidad sea igual o superior al cuarenta por ciento, esto es en forma proporcional al grado de discapacidad del beneficiario, en los porcentajes establecidos por esa norma reglamentaria.

El Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades, es de aquellos a los que la doctrina denomina reglamentos de ejecución, y que se definen como: “(...) los que emite el órgano ejecutivo en ejercicio de atribuciones constitucionales propias, con el objeto de hacer posible la

aplicación y el cumplimiento de las leyes”. (Dromi. 2001. Derecho Administrativo. Ciudad Argentina Buenos Aires, pág. 331).

De acuerdo con el artículo 6 de la Ley Orgánica de Discapacidades que fue transcrito en los antecedentes, persona con discapacidad es aquella que adolece de deficiencias que restringen su capacidad “(...) para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, en la proporción que establezca el Reglamento”, es decir que los beneficios tributarios que establece esa ley para las personas con discapacidad se deben aplicar en forma proporcional al grado de discapacidad que establece el Reglamento.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, el numeral 2 del artículo 79 de la Ley Orgánica de Discapacidades que establece en beneficio de los usuarios con discapacidad, una rebaja en el valor del consumo del servicio público de energía eléctrica, se debe aplicar tomando como base el grado de discapacidad del beneficiario, establecido en el artículo 6 del Reglamento de dicha ley.

DOCENTE UNIVERSITARIO: INHABILIDAD DE EJERCER DOCENCIA POR DESTITUCIÓN DE CARGO PÚBLICO

OF. PGE. N°: 19246 de 22-10-2014

ENTIDAD CONSULTANTE: Universidad Nacional de Chimborazo

CONSULTA:

“¿De conformidad con el Art. 226 de la Constitución de la República, la Universidad Nacional de Chimborazo debe aplicar el Art. 15 de la Ley Orgánica del Servicio Público a los Docentes Universitarios que hayan sido destituidos de otro cargo público que ejercían de forma simultánea, es decir, se debe inhabilitarlos para continuar ocupando el puesto de Docentes en la Universidad?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 174, 226, 229, 233 y 355.

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3 núm. 4; 4, 15, 42, 47, 48, 83 lit. l), 83, 84 y Disp. General Tercera.

Ley Orgánica de Educación Superior, Art. 70.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Art. 76.

Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor de Educación Superior, Arts. 1, 74 y 75.

Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, Art. 65.

PRONUNCIAMIENTO:

En los numerales 1.1 y 1.2 correspondientes a los antecedentes de su oficio de consulta, así como en los antecedentes del oficio No. 656-P-UNACH-2014 de 17 de julio de 2014, el cual fue suscrito por el Procurador General de la Universidad a su cargo se manifiesta que:

“1.1.- En la Universidad Nacional de Chimborazo, existen docentes bajo la modalidad de Nombramiento Regular que se encuentran bajo la figura de pluriempleo, tal como lo garantiza el Art. 174 de la Constitución de la República para el caso de los docentes, de ellos, existen algunos que han sido destituidos de su otro cargo público que ejercía simultáneamente.

1.2.- Algunos de los docentes han interpuesto demandas contencioso administrativa (sic) ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 de la ciudad de Quito, las mismas que se encuentran siguiendo el trámite judicial respectivo”.

A fin de contar con mayores elementos de juicio, en forma previa a atender su consulta, este Organismo mediante oficio No. 18351 de 7 de agosto de 2014, solicitó al Ministerio de Relaciones Laborales el criterio institucional correspondiente sobre el tema de su consulta, sin que hasta la presente fecha la referida Cartera de Estado haya atendido dicha solicitud.

El Procurador General de la Universidad Nacional de Chimborazo, dentro del análisis jurídico efectuado, cita los artículos 226, 229 y 233 de la Constitución de la República del Ecuador, los artículos 3 y 15 de la Ley Orgánica de Servicio Público, el artículo 65 del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva y el artículo 76 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y concluye en el siguiente sentido:

“3.1.- Cuando un Docente Universitario ha sido destituido de otro puesto público que ocupaba simultáneamente, ha quedado automáticamente inhabilitado para ocupar cualquier puesto en la función pública o sector público por el período de dos años contados a partir de la notificación con la resolución de destitución.

3.2.- El H. Consejo Universitario de la UNACH, debería aplicar el mandato legal previsto en el Art. 15 de la LOSEP, respecto a la inhabilitación de los servidores públicos, esto con la finalidad de dar cumplimiento al artículo 226 de la Constitución que señala: ‘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 (...).

3.3.- La sanción de inhabilidad de los servidores públicos para ocupar cualquier cargo en el sector público luego de ser destituidos, se produce IPSO IURE, es decir, es una consecuencia jurídica que se origina sin necesidad de que ocurra un hecho o un acto, sino por el mismo Derecho. Entonces, este efecto de inhabilitar a un servidor público automáticamente produce efectos negativos al otro cargo público que ocupa”.

El artículo 229 de la Constitución de la República; señala que: “Serán servidoras y servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público”.

El cuarto párrafo posterior al numeral 4 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Servicio Público, establece en su parte correspondiente que:

“En razón de las especificidades propias de la naturaleza de sus actividades, y la implementación de regímenes particulares que su actividad implica, el Ministerio de Relaciones Laborales establecerá y regulará lo atinente a remuneraciones y supervisará y controlará la aplicación de los regímenes especiales de administración de personal establecidos en las leyes que regulan a la Función Legislativa, Magisterio, Servicio Exterior y a los miembros activos de la Comisión de Tránsito del Guayas; en lo relacionado con el personal ocasional la Función Legislativa observará lo previsto en su ley específica; los docentes del Magisterio y docentes universitarios se regularán en lo atinente a ascensos, evaluaciones y promociones por sus leyes específicas, excluyéndose de dichos procesos al personal técnico docente y administrativo que se regulará por esta ley al igual que se regulará por las disposiciones de este cuerpo normativo el personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración y de la Comisión de Tránsito del Guayas”.

El artículo 4 de la Ley *Ibidem*, manifiesta que “(...) serán servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público (...); y, la misma Ley en sus artículos 83 letra l) y 84 prescriben:

“Art. 83.- Servidoras y servidores públicos excluidos de la carrera del

servicio público.- Exclúyase del sistema de la carrera del servicio público, a:

(...) l) Las o los docentes e investigadores de las instituciones educativas públicas del Sistema de Educación Superior; y (...).”

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

En pronunciamiento contenido en oficio No. 09669 de 6 de septiembre de 2012, al atender la consulta formulada por la Universidad Técnica del Norte sobre el trámite para la imposición de sanciones a docentes, manifesté en su parte pertinente que:

“De las normas hasta aquí citadas se concluye que, los docentes e investigadores de las universidades y escuelas politécnicas públicas, son servidores públicos en los términos que establece el primer inciso del artículo 229 de la Constitución de la República, cuyo régimen disciplinario debe estar regulado por la ley; y, que por las especificidades de sus actividades, los docentes universitarios se rigen por la Ley Orgánica de Educación Superior y están excluidos del sistema de carrera del servicio público según la letra l) del artículo 83 de la Ley Orgánica de Servicio Público Servicio Público (...).”

Respecto al régimen laboral de los servidores públicos y de los trabajadores del Sistema de Educación Superior, el inciso segundo del artículo 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior, dispone que: “Los profesores o profesoras e investigadores o investigadoras de las universidades y escuelas politécnicas públicas son servidores públicos sujetos a un régimen propio que estará contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, que fijará las normas que rijan el ingreso, promoción, estabilidad, evaluación, perfeccionamiento, escalas remunerativas, fortalecimiento institucional, jubilación y cesación. (...)”.

Del análisis de las normas jurídicas citadas, así como del pronunciamiento de esta Procuraduría contenido en el oficio No. 09669 de 6 de septiembre de 2012, se observa que los docentes de

universidades y escuelas politécnicas públicas son servidores públicos de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 229 de la Constitución de la República y el artículo 4 de la Ley Orgánica de Servicio Público y que se encuentran sujetos a un régimen propio establecido en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior en lo referente al ingreso, promoción, estabilidad, evaluación, perfeccionamiento, escalas remunerativas, fortalecimiento institucional, jubilación, régimen disciplinario y cesación; sin perjuicio de lo cual en su calidad de servidores públicos, les son aplicables las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Servicio Público en lo que su ley especial no haya establecido de forma expresa.

Con base en lo expuesto en el párrafo precedente, es pertinente remitirnos a analizar las normas legales del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor de Educación Superior, relacionadas con el tema materia de su consulta; así el referido reglamento en su artículo 1 establece que:

“Art. 1.- Objeto.- El presente Reglamento establece las normas de cumplimiento obligatorio que rigen la carrera y escalafón del personal académico de las instituciones de educación superior, regulando su selección, ingreso, dedicación, estabilidad, escalas remunerativas, capacitación, perfeccionamiento, evaluación, promoción, estímulos, cesación y jubilación”.

Y, en lo referente a la cesación del personal académico, el artículo 74 del referido reglamento manda que:

“Art. 74.- Causas de cesación del personal académico.- El personal académico titular cesará en sus funciones por la separación definitiva del cargo. En las instituciones de educación superior públicas se contemplará, además, lo dispuesto en el artículo 47 y 48 de la Ley Orgánica de Servicio Público. En las instituciones de educación superior particulares se aplicarán, además, las normas aplicables del Código del Trabajo.

Adicionalmente, el personal académico titular será destituido cuando haya obtenido:

1. Dos veces consecutivas una evaluación integral de desempeño inferior al sesenta por ciento.
2. Cuatro evaluaciones integrales de desempeño inferiores al sesenta por ciento durante su carrera.

El procedimiento que las instituciones de educación superior adopten para cumplir estos fines deberá observar el debido proceso”.

De la lectura de la norma precedente se evidencia que, la cesación de funciones del personal académico titular de las universidades se produce cuando los docentes son separados definitivamente del cargo que ejercen y el artículo 74 del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor de Educación Superior, en lo referente a los casos de cesación de funciones de los docentes universitarios de instituciones públicas, se remite de forma expresa a las normas legales constantes en la Ley Orgánica de Servicio Público sobre la materia y obliga a las instituciones de educación pública a observar las disposiciones contenidas en sus artículos 47 y 48.

El artículo 47 de la Ley Orgánica de Servicio Público, trata sobre los casos de cesación definitiva de funciones de los servidores públicos, entre las que se encuentra la destitución; y, el artículo 48 se refiere a las causales de destitución de los servidores públicos, las cuales constituyen faltas graves cuya sanción está encaminada a preservar la probidad, competencia, lealtad, honestidad y moralidad de los actos realizados por los servidores públicos según lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley *Ibidem*, las mismas que también son aplicables para los docentes de las universidades y escuelas politécnicas públicas.

En lo concerniente a las inhabilidades para desempeñar cargo públicos, Guillermo Cabanellas la define como “La privación del ejercicio del que se posea y el vedamiento de conseguirlo o desempeñarlo durante el tiempo de la condena; bien sea la sanción por mal ejercicio del mismo o por haber incurrido en otra culpa que lleve aparejada esta expulsión de la vida oficial de un país. En ocasiones esta pena se encuentra comprendida en la *inhabilitación absoluta*”; y respecto a la inhabilitación la define como la “Declaración de que alguien no puede, por causas naturales, morales o de otra especie, desempeñar un cargo, realizar un acto o proceder en alguna esfera de la vida jurídica. Pena aflictiva que imposibilita para el desempeño de determinados cargos o para el ejercicio de ciertos derechos”.

Al respecto, el artículo 15 y la Disposición General Tercera de la Ley Orgánica de Servicio Público, establecen:

“Art. 15.- Del reingreso de la servidora o servidor público destituido.- La servidora o servidor público legalmente destituido no podrá reingresar al sector público en un período de dos años, contados desde la fecha de su destitución, pero su reingreso no podrá darse a la institución del Estado, de la que fue destituido.

TERCERA.- El Nepotismo, la inhabilidad especial por mora, la responsabilidad por pago indebido, el pluriempleo, las inhabilidades;

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”.

De lo hasta aquí expuesto se determina que las inhabilidades implican en forma general, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, así como, la exclusión del sistema de carrera del servicio público por un determinado período de tiempo y constituye una sanción disciplinaria que se impone junto con la destitución, con el fin de mantener el orden institucional.

Además, es preciso señalar que de la lectura de las disposiciones legales referidas en los párrafos anteriores, se evidencia que la ley no distingue ni excluye de la prohibición del reingreso al sector público durante dos años, a los servidores públicos destituidos que paralelamente se encuentren ejerciendo la docencia en universidades y escuelas politécnicas públicas a la fecha de su destitución.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, con base en la normativa jurídica y los pronunciamientos citados, se concluye que los docentes de las universidades y escuelas politécnicas públicas, son servidores públicos de acuerdo a lo prescrito en el artículo 229 de la Constitución de la República del Ecuador y por lo tanto, les son aplicables las normas contenidas en la Ley Orgánica de Servicio Público.

Consecuentemente, con base en el análisis de las disposiciones legales referidas en los artículos 15, 47, 48 y de la Disposición General Tercera de la Ley Orgánica de Servicio Público, se determina que el efecto directo de la destitución de un funcionario público que se encuentre ejerciendo de forma simultánea la docencia, es la inhabilidad para formar parte de cualquier institución del Estado, incluidas las universidades y escuelas politécnicas públicas, en un periodo de dos años contados desde la fecha de su destitución.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas; es de exclusiva responsabilidad de la Universidad consultante y sus personeros, la aplicación de la disposición contenida en el artículo 15 de la Ley Orgánica de Servicio Público.

EMPRESAS PÚBLICAS: RÉGIMEN LABORAL PERSONAL ADMINISTRATIVO Y OBREROS

OF. PGE. N°: 18190 de 25-07-2014

ENTIDAD CONSULTANTE: Empresa Pública Metropolitana de Aseo, EMASEO EP

CONSULTA:

“Si la Empresa Pública Metropolitana de Aseo, en su calidad y condición de empresa pública, en la que sus relaciones laborales se rigen por lo dispuesto en el título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y sus reglamentos internos, en el caso de las vacaciones y liquidación de las mismas, respecto al personal administrativo y obreros de la Empresa Pública Metropolitana de Aseo, ¿se somete a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, Código de Trabajo y normativa interna de la propia Empresa y, por lo tanto se les debe pagar por liquidación de vacaciones más de 60 días o a los Artículos 29 de la Ley Orgánica de Servicio Público y 31 de su Reglamento?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 229 y 315.

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3 inc. final, 56 penúltimo inciso, 57 ultimo inciso y 83 lit. k).

Ley Orgánica de Empresas Públicas, Arts. 17, 18, 19, 29 y 33.

Código del Trabajo, Arts. 69, 71, 72, 73, 74, 75, 76 y 568.

Reglamento Interno de Administración del Talento Humano de la Empresa Pública Metropolitana de Aseo, EMASEO EP, Arts. 70 lits. k) y 92.

PRONUNCIAMIENTO:

A fin de atender su requerimiento, mediante oficios Nos. 017614 y 017838 de 5 y 24 de junio de 2014, se solicitó al Ministerio de Relaciones Laborales el criterio institucional sobre el tema consultado, sin que hasta la presente la referida Cartera de Estado haya atendido dicha solicitud.

El informe jurídico de la empresa consultante consta en el memorando No. 78-GJ-2014 de 1 de abril de 2014, suscrito por el Gerente Jurídico de la Empresa, quien cita el artículo 229 de la Constitución de la República, artículo 3 de la Ley Orgánica de Servicio Público, el artículo 17 Título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y el artículo 33 Ibidem, así como los artículos 70 letra k) y 92 del Reglamento Interno de Administración del Talento Humano de la Empresa Pública Metropolitana de Aseo, EMASEO EP.

En base de los fundamentos legales previamente señalados, en el memorando No. 78-GJ-2014 de 1 de abril de 2014, el Gerente Jurídico

de la Empresa Pública Metropolitana de Aseo EMASEO EP, concluye con el siguiente criterio jurídico:

“En consecuencia, la liquidación de vacaciones para el caso de cesación de funciones (renuncia, término de período legal para el que fue designado, supresión del puesto, separación del cargo, muerte y demás previstos en el Reglamento Interno de Administración del Talento Humano), de los servidores y servidoras, debe efectuarse conforme el derecho otorgado por el Art. 70 literal k) y el procedimiento consignado en el Art. 92, del Reglamento Interno de Administración del Talento Humano y ser compensados en dinero por el tiempo de vacaciones no gozadas, de acuerdo al valor percibido o que debió percibir por su última vacación, sin limitación respecto a su acumulación y valores, ya que nada dice la norma respecto al tiempo, se constituye en un derecho irrenunciable de los servidores y las servidoras de EMASEO EP. Por otro lado, en cuanto a los rubros no contemplados en el Reglamento, esto es, horas ordinarias, suplementarias y extraordinarias y demás retribuciones accesorias con el carácter de normal en el período, se los debería incluir aplicando el Art. 71 del Código del Trabajo, norma de aplicación supletoria ante el vacío reglamentario y por remisión legal.

En cuanto a los obreros y obreras de la EMASEO EP, el proceso de liquidación de vacaciones se debería efectuar de la manera claramente establecida en el Código del Trabajo, normativa de aplicación directa para éste talento humano, en los Arts. 71 al 76”.

En primer término cabe puntualizar que la Procuraduría General del Estado, ha manifestado reiteradamente que la gestión del talento humano de las empresas públicas, se rige por la normativa que para atender los requerimientos empresariales específicos expida el Directorio de la entidad, en aplicación del inciso segundo del artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, normativa que debe guardar conformidad con esa Ley, el Código del Trabajo y las demás leyes que rigen para toda la administración pública, según consta de los pronunciamientos contenidos en los oficios Nos. 11004 de 11 de diciembre de 2012, 11163 de 20 de diciembre de 2012, 14861 de 27 de septiembre de 2013 y 16958 de 11 de abril de 2014, en el último de los cuales señalé:

“Por su parte, los servidores y trabajadores de las empresas públicas se encuentran sujetos a las normas del Código del Trabajo, de conformidad con el régimen jurídico aplicable a la administración y gestión del talento humano en las empresas públicas, respecto del cual la Procuraduría General del Estado en oficio No. 11163 de 20 de diciembre de 2012, dirigido a la Empresa Pública Municipal de Aseo de Machala EMAM EP, se ha pronunciado en los siguientes términos:

‘En atención a los términos de su consulta se concluye que, la gestión del talento humano de la empresa pública se rige por la normativa que para atender los requerimientos empresariales específicos expida el Directorio de la entidad, en aplicación del inciso segundo del artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, normativa que debe guardar conformidad con esa Ley, el Código del Trabajo y las demás leyes que rigen para toda la administración pública y que en consecuencia, está sujeta al control posterior del Ministerio de Relaciones Laborales conforme al inciso final del citado artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas’.

La Corte Constitucional en la parte resolutive de la Sentencia No. 007-11-SCN-CC6, respecto del régimen jurídico aplicable a los servidores de las empresas públicas, manifestó que:

‘La Corte Constitucional encuentra que el artículo 29 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas no vulnera el artículo 229 de la Constitución, sino que en su lugar ha establecido un régimen propio y especial para el personal de empresas públicas, razón por la cual no cabe distinguir una jurisdicción para los servidores y otra para los obreros, cabiendo una sola jurisdicción (la de los jueces laborales, en virtud del artículo 568 del Código del Trabajo) que guarda concordancia con la remisión específica que el artículo 315 de la Constitución de la República en el inciso segundo confiere a la ley para la regulación de empresas públicas. Además, no existe la aparente antinomia entre la Ley Orgánica de Empresas Públicas y la Ley Orgánica de Servicio Público, pues esta última en los artículos 3 inciso final, 56 penúltimo inciso, 57 último inciso y 83 letra k) ha reconocido el régimen propio y especial del personal de empresas públicas’.

Con similares fundamentos jurídicos que los analizados en oficio No. 11163 antes citado, en el pronunciamiento contenido en oficio No. 11004 de 11 de diciembre de 2012, respecto del régimen del talento humano en las empresas públicas, este Organismo concluyó:

‘Por tanto, conforme a los artículos 17, 18 y 19 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y la sentencia de la Corte Constitucional previamente transcrita, el personal de empleados y obreros de las empresas públicas se encuentran sujetos al régimen laboral establecido en el Código del Trabajo, salvo el caso del personal con nombramiento de libre designación y remoción, quienes no tienen relación laboral, según prescribe el numeral 1 del citado artículo 19 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas’ ”.

Respecto de las vacaciones que es materia de su consulta, los artículos 69, 71, 75 y 76 del Código del Trabajo, prevén lo siguiente:

“Art. 69.- Vacaciones anuales.- Todo trabajador tendrá derecho a gozar anualmente de un período ininterrumpido de quince días de descanso, incluidos los días no laborables. Los trabajadores que hubieren prestado servicios por más de cinco años en la misma empresa o al mismo empleador, tendrán derecho a gozar adicionalmente de un día de vacaciones por cada uno de los años excedentes o recibirán en dinero la remuneración correspondiente a los días excedentes.

El trabajador recibirá por adelantado la remuneración correspondiente al período de vacaciones.

Los trabajadores menores de dieciséis años tendrán derecho a veinte días de vacaciones y los mayores de dieciséis y menores de dieciocho, lo tendrán a dieciocho días de vacaciones anuales.

Los días de vacaciones adicionales por antigüedad no excederán de quince, salvo que las partes, mediante contrato individual o colectivo, convinieren en ampliar tal beneficio”.

“Art. 71.- Liquidación para pago de vacaciones.- La liquidación para el pago de vacaciones se hará en forma general y única, computando la veinticuatroava parte de lo percibido por el trabajador durante un año completo de trabajo, tomando en cuenta lo pagado al trabajador por horas ordinarias, suplementarias y extraordinarias de labor y toda otra retribución accesoria que haya tenido el carácter de normal en la empresa en el mismo período, como lo dispone el artículo 95 de este Código.

Si el trabajador fuere separado o saliere del trabajo sin haber gozado de vacaciones, percibirá por tal concepto la parte proporcional al tiempo de servicios”.

“Art. 75.- Acumulación de vacaciones.- El trabajador podrá no hacer uso de las vacaciones hasta por tres años consecutivos, a fin de acumularlas en el cuarto año”.

“Art. 76.- Compensación por vacaciones.- Si el trabajador no hubiere gozado de las vacaciones tendrá derecho al equivalente de las remuneraciones que correspondan al tiempo de las no gozadas, sin recargo. La liquidación se efectuará en la forma prevista en el artículo 71 de este Código”.

De las disposiciones del Código del Trabajo previamente invocadas, se determina que los trabajadores tienen derecho a quince días de vacaciones anuales y el trabajador puede no hacer uso de ellas hasta por tres años consecutivos, a fin de acumularlas en el cuarto año; y, en caso de liquidación de vacaciones, ésta se efectúa computando la veinticuatroava parte de lo percibido por el trabajador durante un año completo de trabajo, tomando en cuenta lo pagado al trabajador por horas ordinarias, suplementarias y extraordinarias de labor y toda otra retribución accesoría que haya tenido el carácter de normal en la empresa en el mismo período, como lo dispone el artículo 95 del Código del Trabajo, que determina el concepto de sueldo para efectos de indemnizaciones.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia de normas jurídicas y no constituye orden de pago, siendo responsabilidad del Directorio de la Empresa Pública, la expedición de la normativa de gestión del talento humano, en la que se regulen los mecanismos de ingreso, ascenso, promoción, régimen disciplinario, vacaciones y remuneraciones para el talento humano de conformidad con el inciso segundo del artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, normativa que debe guardar conformidad con esa Ley, el Código del Trabajo y las demás leyes que rigen para toda la administración pública. De igual manera, es responsabilidad de los funcionarios de la Empresa, la aplicación de las normas jurídicas a los casos particulares.

EMPRESAS PÚBLICAS: RÉGIMEN LABORAL PERSONAL ADMINISTRATIVO Y OBREROS

OF. PGE. N°: 19397 de 31-10-2014

ENTIDAD CONSULTANTE: Empresa Pública Metropolitana de Aseo, EMASEO EP

CONSULTAS:

“1. ¿El personal de libre designación y remoción, se encuentran regidos por la Ley Orgánica de Servicio Público o por la Ley Orgánica de Empresas Públicas?”.

“2. ¿En el evento de que aquellos estén amparados por la Ley Orgánica de Servicio Público se les debe o no cancelar los días de vacaciones que superen a los sesenta que se encuentran establecidos en el artículo 31 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Servicio Público?”.

“3. ¿Así también, en el evento de que aquellos estén amparados por la Ley Orgánica de Empresas Públicas y por el Reglamento Interno de Administración del Talento Humano, aprobado por el Directorio de la EMASEO EP, ¿el personal de libre nombramiento y designación tiene derecho de hasta sesenta días de vacaciones acumuladas o a quince tal como lo manda el Código del Trabajo?”.

“4. ¿Para el pago de liquidaciones del personal de libre nombramiento y designación, en el caso de que se encuentren amparados por la Ley Orgánica de Empresas Públicas y por el Reglamento Interno de Administración del Talento Humano, aprobado por el Directorio de la EMASEO EP se les debe o no cancelar los días de vacaciones en su totalidad al momento de su liquidación o existiría un límite?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 229 inc. segundo.
Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 29; y, 31 de su Reglamento.
Ley Orgánica de Empresas Públicas, Arts. 1, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19 núm. 1, 23, 29, 32 y 33.
Código del Trabajo, Arts. 4 y 95.
Reglamento Interno de Administración del Talento Humano, Art. 89.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 072-GG-2014 de 27 de mayo de 2014 y alcance realizado en el oficio No. 075-GG-2014 de 30 de mayo de 2014, ingresados a esta Procuraduría el 27 y 30 de mayo del presente año, respectivamente, el Gerente General de la Empresa Metropolitana de Aseo EMASEO de la época formuló una consulta con el siguiente tenor:

“Con estos antecedentes de hecho y de derecho expuestos, así como del criterio jurídico adjunto, me permito consultarle, si la Empresa Pública Metropolitana de Aseo, en su calidad y condición de empresa pública, en la que sus relaciones laborales se rigen por lo dispuesto en el título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y sus reglamentos internos, en el caso de las vacaciones y liquidación de las mismas, respecto al personal administrativo y obreros de la Empresa Pública Metropolitana de Aseo, ¿se somete a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, Código de Trabajo y normativa interna de la propia Empresa y, por lo tanto se les debe pagar por liquidación de vacaciones más de 60 días o a los Artículos 29 de la Ley Orgánica de Servicio Público y 31 de su Reglamento?”.

Con oficio No. 18190 de 25 de julio de 2014, esta Procuraduría emitió el pronunciamiento correspondiente al objeto de la consulta referida en el párrafo anterior en el que se concluye en los siguientes términos:

“De las disposiciones del Código del Trabajo previamente invocadas, se determina que los trabajadores tienen derecho a quince días de vacaciones anuales y el trabajador puede o no hacer uso de ellas hasta por tres años consecutivos, a fin de acumularlas en el cuarto año; y, en caso de liquidación de vacaciones, esta se efectúa computando la veinticuatroava parte de lo percibido por el trabajador durante un año completo de trabajo, tomando en cuenta lo pagado al trabajador por horas ordinarias, suplementarias y extraordinarias de labor y toda otra retribución accesoría que haya tenido el carácter de normal en la empresa en el mismo período, como lo dispone el artículo 95 del Código del Trabajo, que determina el concepto de sueldo para efectos de indemnizaciones.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia de normas jurídicas y no constituye orden de pago, siendo responsabilidad del Directorio de la Empresa Pública, la expedición de la normativa de gestión del talento humano, en la que se regulen los mecanismos de ingreso, ascenso, promoción, régimen disciplinario, vacaciones y remuneraciones para el talento humano de conformidad con el inciso segundo del artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, normativa que debe guardar conformidad con esa Ley, el Código de Trabajo y las demás leyes que rigen para toda la administración pública. De igual manera, es responsabilidad de los funcionarios de la Empresa, la aplicación de las normas jurídicas a los casos particulares”.

En oficio No. 000142-GG-2014 de 31 de julio de 2014, ingresado en esta Procuraduría en la misma fecha, usted solicita una ampliación del Pronunciamiento citado en el párrafo anterior; y, en su parte pertinente manifiesta que:

“Mediante oficio No. 18190 de 25 de julio de 2014, se sirvió absolver una consulta planteada por la EMASEO EP a través de oficio No. 072-GG-2014, absolución que nos deja las siguientes inquietudes:

a) Caso personal de libre designación y remoción:

En la página cuatro de la consulta se indica que ‘... el personal de empleados y obreros de las empresas públicas se encuentran sujetos al régimen laboral establecido en el Código del trabajo, salvo el caso del personal con nombramiento de libre designación y remoción, quienes no tienen relación laboral...’.

En tal virtud solicitamos se sirva ampliar su absolución de consulta en el siguiente sentido:

1. ¿El personal de libre designación y remoción, se encuentran regidos por la Ley Orgánica de Servicio Público o por la Ley Orgánica de Empresas Públicas?

2. ¿En el evento de que aquellos estén amparados por la Ley Orgánica de Servicio Público se les debe o no cancelar los días de vacaciones que superen a los sesenta que se encuentran establecidos en el artículo 31 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Servicio Público?

3. Así también, en el evento de que aquellos estén amparados por la Ley Orgánica de Empresas Públicas y por el Reglamento Interno de Administración del Talento Humano, aprobado por el Directorio de la EMASEO EP, el personal de libre nombramiento y designación tiene derecho hasta sesenta días de vacaciones acumuladas o a quince tal como lo manda el Código del Trabajo.

4. ¿Para el pago de liquidaciones del personal de libre nombramiento y designación, en el caso de que se encuentren amparados por la Ley Orgánica de Empresas Públicas y por el Reglamento Interno de Administración del Talento Humano, aprobado por el Directorio de la EMASEO EP se les debe o no cancelar los días de vacaciones en su totalidad al momento de su liquidación o existiría un límite?.

b) Caso trabajadores:

La absolución de consulta indica que ‘... se determina que los trabajadores tienen derecho a quince días de vacaciones anuales y el trabajador puede o no hacer uso de ellas hasta por tres años consecutivos, a fin de acumularlas en el cuarto año; y, en caso de liquidación de vacaciones, ésta se efectuará computando la veinticuatroava parte de lo percibido por el trabajador durante un año completo de trabajo...’.

En tal virtud solicitamos se sirva ampliar su absolución de consulta en el siguiente sentido:

1. El segundo inciso del artículo 229 de la Constitución de la República del Ecuador manda que ‘Los derechos de las servidoras y los servidores públicos son irrenunciables...’.

2. El artículo 4 del Código del Trabajo, manda que ‘Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación en contrario’.

3. El Reglamento Interno de Administración del Talento Humano fue aprobado por el Directorio de EMASEO EP el 02 de marzo de 2012, para la administración del talento administrativo.

4. El artículo 89 del Reglamento antes citado manda que ‘La servidora y servidor de la Empresa tendrá derecho a disfrutar de treinta (30) días de vacaciones pagadas anuales, siempre que hubiese trabajado once meses continuos en la misma’.

5. Con estos antecedentes el Directorio de EMASEO EP, otorgó el derecho de goce de vacaciones por treinta días a los trabajadores de la institución, en ese evento, se debe o no respetar dicho derecho y por tanto aplicar a la absolución de consulta desde su notificación en adelante (para la contratación de nuevo personal administrativo), o por el contrario, con aquella absolución de consulta restar a todos los trabajadores (personal administrativo) los quince días otorgados por el Directorio de la EMASEO EP”.

De manera previa a atender la consulta constante en el oficio No. 072-GG-2014 de 27 de mayo de 2014 y alcance contenido en el oficio No. 075-GG-2014 de 30 de mayo de 2014, mediante oficios Nos. 017614 y 017838 de 5 y 24 de junio de 2014, se solicitó el criterio institucional del Ministerio de Relaciones Laborales sobre el tema consultado.

Con posterioridad al pronunciamiento signado con el número 18190 de 25 de julio de 2014, previamente citado, mediante oficio No. MRL-CGAJ-2014-0228-O de 6 de agosto de 2014, ingresado a esta Procuraduría General del Estado el 14 de agosto del presente año, el Coordinador General Jurídico del Ministerio de Relaciones Laborales, remitió el criterio institucional de esa Cartera de Estado, respecto al objeto de su consulta. En el oficio en mención, el referido funcionario, en la parte correspondiente expresa lo siguiente:

“Por otra parte el artículo 33 de la LOEP, establece: ‘En todo lo no previsto expresamente en este Título [IV] y siempre que no contrarie los principios rectores de la administración del talento humano de las empresas públicas, se estará a lo que dispone la Codificación del Código de Trabajo en lo relativo a la contratación individual’.

En razón de lo expuesto, y en aplicación a lo establecido en el inciso segundo del artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, si el Directorio de la Empresa Pública Metropolitana de Aseo ha emitido la

normativa interna dentro de la cual hubiere regulado lo relacionado a vacaciones del talento humano de la referida empresa, deberá aplicar la misma, no siendo procedente lo que para el caso prevé la Ley Orgánica de Servicio Público y su Reglamento General de aplicación”.

A fin de atender la solicitud de ampliación de pronunciamiento formulada por la empresa de su representación, esta Procuraduría en oficio No. 18539 de 26 de agosto de 2014 solicitó el criterio del Ministerio de Relaciones Labores respecto de las consultas objeto de ampliación, e insistió en dicho requerimiento con oficio No. 18807 de 15 de septiembre de 2014, habiendo recibido respuesta por parte de dicha Cartera de Estado, mediante oficio No. 5751 de 24 de octubre de 2014, ingresado en la Procuraduría General del Estado el 29 de octubre del año en curso.

En el oficio No. 5751 de 24 de octubre de 2014, el Coordinador General Jurídico del Ministerio de Relaciones Laborales expone el siguiente criterio institucional:

“De conformidad con la normativa ut supra citada, en observancia de los artículos 1 y 18 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, el personal de libre designación y remoción se rige por la citada ley para efectos de la relación laboral en las Empresas Públicas; el segundo inciso del artículo 17 de la LOEP, establece que el directorio de la Empresa Pública, expedirá normas internas de administración del talento humano, incluido el derecho anual de vacaciones, así, en atención al texto legal si la institución ha emitido normativa interna sobre este derecho laboral (vacaciones), se atenderá a lo previsto en ésta; caso contrario, si la normativa interna no regula el tema de vacaciones anuales, de conformidad con el artículo 33 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se estará a la normativa dispuesta en el Código del Trabajo, como norma supletoria”.

Con estos antecedentes procedo a atender sus consultas en el orden que han sido formuladas.

a) Caso personal de libre designación y remoción:

PRIMERA Y SEGUNDA CONSULTAS.-

Con relación a la primera pregunta, en el pronunciamiento contenido en el oficio No. 18190 de 25 de julio de 2014, cuya ampliación solicita, se refirió al régimen aplicable al talento humano de las empresas públicas, en los siguientes términos:

“(…) en el pronunciamiento contenido en oficio No. 11004 de 11 de diciembre de 2012, respecto del régimen del talento humano en las empresas públicas, este Organismo concluyó:

“Por tanto, conforme a los artículos 17, 18 y 19 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y la sentencia de la Corte Constitucional previamente transcrita, el personal de empleados y obreros de las empresas públicas se encuentran sujetos al régimen laboral establecido en el Código del Trabajo, salvo el caso del personal con nombramiento de libre designación y remoción, quienes no tienen relación laboral, según prescribe el numeral 1 del citado artículo 19 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.”

El artículo 18 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en cuanto a la naturaleza jurídica de la relación con el talento humano de las empresas públicas, en la parte atinente a los servidores públicos de libre designación y remoción, dispone:

Art. 18.- NATURALEZA JURIDICA DE LA RELACION CON EL TALENTO HUMANO.- Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro de las empresas públicas.

La prestación de servicios del talento humano de las empresas públicas se someterá de forma exclusiva a las normas contenidas en esta Ley, a las leyes que regulan la administración pública y a la Codificación del Código del Trabajo, en aplicación de la siguiente clasificación:

a. Servidores Públicos de Libre Designación y Remoción.- Aquellos que ejerzan funciones de dirección, representación, asesoría y en general funciones de confianza; (...).

De forma concordante, el numeral 1 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, dispone:

“Art. 19.- MODALIDADES DE DESIGNACIÓN Y CONTRATACIÓN DEL TALENTO HUMANO.- Las modalidades de vinculación de los servidores públicos y obreros de las empresas públicas son las siguientes:

1. Nombramiento para personal de libre designación y remoción, quienes no tendrán relación laboral. Su régimen observará las normas contenidas en el capítulo II del Título III de esta Ley”;

El Capítulo II del Título III, antes referido, que comprende los artículos 10 al 15 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, trata sobre los requisitos para ser gerente general, sus deberes y atribuciones; así

como las atribuciones del gerente general subrogante y los gerentes de filiales y subsidiarias; y, las inhabilidades para ser designado como Gerente General, Gerentes de filiales y subsidiarias o administradores de agencias o unidades de negocio y personal de libre designación de la empresa pública.

Respecto de los servidores de libre nombramiento y remoción, la Procuraduría General del Estado ya se ha pronunciado en el sentido de que a aquellos no les es aplicable las normas del Código del Trabajo, según consta del oficio No. 11163 de 20 de diciembre de 2012, dirigido al Gerente General de la Empresa Pública Municipal de Aseo de Machala, EMAM EP, que en la parte pertinente expresa:

“En tal contexto, resulta pertinente considerar que, si bien el personal de servidores y obreros de las empresas públicas está sujeto al Código del Trabajo, salvo el caso de los servidores de libre nombramiento y remoción, corresponde al Directorio conforme al artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, resolver los temas relacionados con talento humano, atendiendo a los requerimientos específicos de la empresa pero observando los principios y normas de aplicación general para toda la administración pública, que son objeto de control posterior por parte del Ministerio de Relaciones Laborales”.

De lo expuesto, en atención a los términos de su primera consulta se concluye que el personal de libre designación y remoción de las empresas públicas, no tiene relación laboral y su régimen se encuentra sujeto a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, y que le corresponde al Directorio de cada empresa pública resolver los temas relacionados con la gestión del talento humano, atendiendo los requerimientos específicos de la empresa pero observando los principios y normas de aplicación general para toda la administración pública, cuyo control posterior corresponde al Ministerio de Relaciones Laborales.

Respecto a su segunda consulta se concluye que el personal de libre nombramiento y remoción de las empresas públicas no está regulado por la Ley Orgánica de Servicio Público y en lo concerniente al ejercicio del derecho a vacaciones, se deberá atender a la normativa interna que el Directorio de cada empresa haya expedido respecto de las vacaciones de su personal; y, en el caso de que la normativa interna no regule lo relacionado a vacaciones anuales, de conformidad con el artículo 33 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se estará a las disposiciones que sobre la materia prevé el Código del Trabajo, como norma supletoria.

TERCERA CONSULTA.-

El artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, establece en su parte correspondiente que:

“Art. 17.- NOMBRAMIENTO, CONTRATACIÓN Y OPTIMIZACIÓN DEL TALENTO HUMANO.- La designación y contratación de personal de las empresas públicas se realizará a través de procesos de selección que atiendan los requerimientos empresariales de cada cargo y conforme a los principios y políticas establecidas en esta Ley, la Codificación del Código del Trabajo y las leyes que regulan la administración pública. Para los casos de directivos, asesores y demás personal de libre designación, se aplicarán las resoluciones del Directorio.

El Directorio, en aplicación de lo dispuesto por esta Ley, expedirá las normas internas de administración del talento humano, en las que se regularán los mecanismos de ingreso, ascenso, promoción, régimen disciplinario, vacaciones y remuneraciones para el talento humano de las empresas públicas”.

De la lectura del citado artículo se desprende que por mandato expreso de la Ley, el Directorio de cada empresa pública tiene la obligación de expedir mediante resolución la normativa interna que regule la administración del talento humano, dentro de la cual se regulará también lo relacionado con el derecho a vacaciones de todo el personal que forme parte de la empresa pública, incluidos aquellos que sean de libre nombramiento y remoción.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, se concluye que en lo concerniente al ejercicio del derecho a vacaciones del personal que forma parte del talento humano de las empresas públicas, se deberá atender a la normativa interna que el Directorio de cada empresa pública haya expedido respecto de las vacaciones de su personal. En el evento de que la normativa interna no regule el tema de vacaciones anuales, de conformidad con el artículo 33 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se estará a las disposiciones que sobre la materia prevé el Código del Trabajo, como norma supletoria.

CUARTA CONSULTA.-

En base de los fundamentos jurídicos que he expuesto al atender su primera consulta, se concluye que de conformidad con el inciso segundo del artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, es responsabilidad del Directorio de la Empresa Pública, la expedición de la normativa de gestión del talento humano, en la que se regulen los mecanismos de ingreso, ascenso, promoción, régimen disciplinario,

vacaciones y remuneraciones para el talento humano, conforme a los principios y políticas establecidas en esa Ley Orgánica, la Codificación del Código del Trabajo y las leyes que regulan la administración pública, según prevé la disposición legal invocada. En tal virtud, para la liquidación de vacaciones del personal de libre nombramiento y designación, las empresas públicas deben aplicar la normativa que sobre el particular, haya expedido el Directorio de cada empresa pública.

b) Caso trabajadores:

“Con estos antecedentes el Directorio de EMASEO EP, otorgó el derecho de goce de vacaciones por treinta días a los trabajadores de la institución, en ese evento, se debe o no respetar dicho derecho y por tanto aplicar a la absolución de consulta desde su notificación en adelante (para la contratación de nuevo personal administrativo), o por el contrario, con aquella absolución de consulta restar a todos los trabajadores (personal administrativo) los quince días otorgados por el Directorio de la EMASEO EP”.

En el pronunciamiento No. 18190 de 25 de julio de 2014, cuya ampliación requiere, analicé las disposiciones generales que sobre el derecho a vacaciones contempla el Código del Trabajo y concluí en el siguiente tenor:

“De las disposiciones del Código del Trabajo previamente invocadas, se determina que los trabajadores tienen derecho a quince días de vacaciones anuales y el trabajador puede no hacer uso de ellas hasta por tres años consecutivos, a fin de acumularlas en el cuarto año; y, en caso de liquidación de vacaciones, ésta se efectúa computando la veinticuatroava parte de lo percibido por el trabajador durante un año completo de trabajo, tomando en cuenta lo pagado al trabajador por horas ordinarias, suplementarias y extraordinarias de labor y toda otra retribución accesoria que haya tenido el carácter de normal en la empresa en el mismo período, como lo dispone el artículo 95 del Código del Trabajo, que determina el concepto de sueldo para efectos de indemnizaciones.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia de normas jurídicas y no constituye orden de pago, siendo responsabilidad del Directorio de la Empresa Pública, la expedición de la normativa de gestión del talento humano, en la que se regulen los mecanismos de ingreso, ascenso, promoción, régimen disciplinario, vacaciones y remuneraciones para el talento humano de conformidad con el inciso segundo del artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, normativa que debe guardar conformidad con esa Ley, el Código de

Trabajo y las demás leyes que rigen para toda la administración pública. De igual manera, es responsabilidad de los funcionarios de la Empresa, la aplicación de las normas jurídicas a los casos particulares”.

Los artículos 23, 29 y 32 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, señalan de manera expresa la existencia de una relación laboral entre las empresas públicas y sus servidores de carrera y obreros, a la vez que determinan la competencia de las autoridades y jueces del trabajo para resolver las controversias suscitadas entre aquellos servidores y obreros y las empresas públicas en las que prestan su contingente.

Lo manifestado en el párrafo precedente concuerda con la sentencia No. 007-11-SCN-CC, citada en el pronunciamiento No. 18190 de 25 de julio de 2014, cuya ampliación ha solicitado. En dicha sentencia se declaró la constitucionalidad de los artículos 29 y 31 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y se señaló la competencia de los jueces del trabajo para resolver los temas relativos a las relaciones laborales que existen entre las empresas públicas y sus servidores públicos de carrera y obreros.

Por su parte, el artículo 33 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, dispone lo siguiente:

“Art. 33.- **NORMAS SUPLETORIAS.**- En todo lo no previsto expresamente en este Título y siempre que no contrarie los principios rectores de la administración del talento humano de las empresas públicas, se estará a lo que dispone la Codificación del Código de Trabajo en lo relativo a la contratación individual”.

De lo hasta aquí indicado, se observa que el Directorio de las empresas públicas al momento de expedir la normativa que regule los mecanismos de selección, ingreso, ascenso, promoción, régimen disciplinario, vacaciones y remuneraciones del personal deberá observar los principios y políticas establecidos en la Ley Orgánica de Empresas Pública, el Código del Trabajo y las leyes que regulan la administración pública.

Por lo expuesto, en atención a su consulta, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en el caso de que el Directorio de la empresa pública dentro de su normativa interna para la gestión del talento humano, haya regulado el derecho a vacaciones de su personal, deberá observar y aplicar las normas que para el efecto haya expedido el Directorio de cada empresa pública.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia de normas jurídicas y no constituye orden de pago, siendo responsabilidad de la entidad consultante, la aplicación de tales normas a los casos particulares.

EXPROPIACIÓN: OCUPACIÓN DE PREDIOS DECLARADOS EN UTILIDAD PÚBLICA

OF. PGE. N°: 18196 de 25-07-2014

ENTIDAD CONSULTANTE: Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas

CONSULTA:

“¿En relación a los procesos expropiatorios que realiza el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito y tramita la EPMMOP, se encuentra facultado para aplicar de forma complementaria a los artículos 417 y 446 del COOTAD, el ‘Derecho de vía’ dispuesto en el artículo 3 de la Ley de Caminos, con la finalidad de ocupar de manera inmediata los predios declarados de utilidad pública?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 263 núm. 2, 264 núm. 1 y 323.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 55 lit. c), 129 inc. segundo, 417, 446, 447, 448, 449, 453 y 459.

Código de Procedimiento Civil, Art. 797.

Ley de Caminos, Arts. 3, 9 inc. segundo; y, 4 de su Reglamento.

Ordenanza Metropolitana No. 181 de 29-05-2006, asigna a la EMOP-Q (actualmente EPMMOP), la responsabilidad de tramitar los expedientes expropiatorios correspondientes a obras viales, Art. innum. 5.

A.M. N° 001-12-2001, R.O. No. 254 de 29-01-2001, Arts. 2, 3, 4 y 5.

PRONUNCIAMIENTO:

El artículo 417 del COOTAD se refiere a los bienes de uso público e incluye en esa categoría a las calles y avenidas (letra a); y, el artículo 446 del mismo Código, establece el procedimiento de expropiación que deben observar los gobiernos autónomos descentralizados; mientras que el artículo 3 de la Ley de Caminos establece el derecho de vía para la ejecución de caminos y obras viales.

El informe de la asesora jurídica de la empresa pública consultante, contenido en memorando No. 01993-AJ-EJ de 30 de junio de 2014, refiere como antecedente que:

“En relación a la factibilidad jurídica para agilizar el proceso expropiatorio, me permito señalar que uno de los elementos que conlleva demoras en la construcción de las vías en el DMQ, es la ocupación de los terrenos declarados en utilidad pública.

Razón por la cual, se considera necesario elevar una consulta a la Procuraduría General del Estado, sobre la inteligencia de la norma contenida en la Ley de Caminos y definir si el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito a través de sus empresas públicas puede utilizar el ‘Derecho de vía’, con la finalidad de ocupar de forma inmediata los bienes declarados en utilidad pública y que permitirán la construcción de vías de uso público”.

El referido informe cita entre otras normas, el artículo 323 de la Constitución de la República que faculta al Estado a efectuar la expropiación de bienes por razones de utilidad pública, previa justa valoración, indemnización y pago; y, prohíbe la confiscación. Invoca adicionalmente, la competencia que para regular el uso y ocupación del suelo urbano y rural, confiere a las municipalidades el numeral 1 del artículo 264 de la Norma Suprema; así como el artículo 446 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización que regula el procedimiento de expropiación a cargo de los gobiernos autónomos descentralizados.

Añade que de acuerdo con el artículo innumerado 5 de la Ordenanza Metropolitana No. 181 de 29 de mayo de 2006, asigna a la EMOP-Q (actualmente EPMMOP), la responsabilidad de tramitar los expedientes expropiatorios correspondientes a obras viales; y, concluye que:

“De lo expuesto se colige que en función del principio de subsidiariedad, el ejercicio de competencias concurrentes y la ejecución de los planes de ordenamiento territorial de manera articulada con la planificación nacional; en las vías metropolitanas que conectan a los caminos nacionales; el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito a través de sus dependencias y empresas públicas metropolitanas, se encuentra facultada (sic) para aplicar de forma complementaria al COOTAD el ‘Derecho de vía’ dispuesto en la Ley de Caminos, con la finalidad de ocupar de manera inmediata los predios declarados de utilidad pública.

Para efectivizar el referido Derecho, mediante Ordenanza el Concejo Metropolitano de Quito aprobará el Plan de Ordenamiento Vial y los

proyectos viales emblemáticos de la ciudad, en la que constará la declaración de vías de uso público y a las que se aplicará el ‘Derecho de Vía’ ”.

Para atender la consulta resulta pertinente considerar que, entre las competencias exclusivas que el artículo 264 de la Constitución de la República asigna a las municipalidades, el numeral 3 incluye la de “Planificar, construir y mantener la vialidad urbana”, competencia exclusiva que se reitera en el artículo 55 letra c) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD).

Concordante, el artículo 129 del COOTAD, ubicado en el Capítulo IV que trata sobre el “Ejercicio de las Competencias Constitucionales” respecto de la vialidad, dispone:

“Art. 129.- Ejercicio de la competencia de vialidad.-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 central le corresponde las facultades de rectoría, normativa, planificación y ejecución del sistema vial conformado por las troncales nacionales y su señalización.

Al gobierno autónomo descentralizado regional le corresponde las facultades de planificar, construir, regular, controlar y mantener el sistema vial de ámbito regional en concordancia con las políticas nacionales.

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. Las tareas y obras de mantenimiento se ejecutarán mediante gestión directa, a través de empresas públicas, o la delegación a empresas de la economía popular y solidaria y la cogestión comunitaria”.

Sobre idéntica base normativa, en pronunciamiento contenido en oficio No. 03218 de 11 de agosto de 2011, manifesté y concluí que:

“De las disposiciones constitucionales y legales citadas se desprende que, en cuanto a la ejecución de obras en materia específica de vialidad, los gobiernos provincial, municipal y rural, tienen competencias exclusivas para planificar, mantener y construir el sistema vial provincial, urbano y rural, respectivamente. A las Juntas Parroquiales Rurales les corresponde planificar y mantener la vialidad parroquial rural en coordinación con los gobiernos provinciales.

(...) Del análisis que precede se concluye que, de conformidad con el numeral 2 del artículo 263 de la Constitución de la República, letra c) del artículo 55 del COOTAD y segundo inciso del artículo 129 del citado Código Orgánico (debió decir quinto), a la Municipalidad compete planificar, construir y mantener la vialidad urbana”.

El Acuerdo Ministerial No. 001-12-2001, publicado en el Registro Oficial No. 254 de 29 de enero de 2001, contiene la definición y clasificación de vías según su jurisdicción. Sus artículos 2 al 5 disponen:

“Art. 2.- La Red Vial Nacional se clasifica según su jurisdicción en: Red Vial Estatal, Red Vial Provincial y Red Vial Cantonal”.

“Art. 3.- La Red Vial Estatal está constituida por todas las vías administradas por el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, como única entidad responsable del manejo y control (...)”.

“Art. 4.- La Red Vial Provincial es el conjunto de vías administradas por cada uno de los consejos provinciales”.

“Art. 5.- La Red Vial Cantonal es el conjunto de vías urbanas e interparroquiales administradas por cada uno de los concejos municipales”.

Es decir que, la clasificación de vías que realiza el Acuerdo Ministerial que se ha citado, coincide con la distribución de competencias viales que efectúa el artículo 129 del COOTAD entre los distintos niveles de gobierno, según el cual es competencia exclusiva de las municipalidades, la planificación, construcción y mantenimiento del sistema vial urbano, en armonía con los artículos 264 numeral 3 de la Constitución de la República y 55 letra c) del COOTAD.

El artículo 3 de la Ley de Caminos, sobre cuya aplicación trata su consulta, prescribe:

“Art. 3.- Establécese el derecho de vía, que consiste en la facultad de ocupar, en cualquier tiempo, el terreno necesario para la construcción, conservación, ensanchamiento, mejoramiento o rectificación de caminos.

En el acuerdo de aprobación del proyecto de una obra vial se determinará el derecho de vía correspondiente.

Cuando menos ocho días antes de la ocupación, se dejará la respectiva nota de aviso en la propiedad, bien sea al dueño, o a uno de sus familiares o a cualquier persona morador del inmueble.

Si no se encontrare a persona alguna, la nota se dejará a uno de los más cercanos vecinos del predio.

La constancia del cumplimiento de este requisito, sentada por el correspondiente empleado, no será susceptible de impugnación.

En el día y hora indicados para la ocupación en la nota de aviso, se constituirá en el lugar el representante de la Dirección General de Obras Públicas o de la entidad a cuyo cargo este la obra, pudiendo concurrir los interesados y hacer sus observaciones. Se levantará acta en la que se describirá el terreno materia de la ocupación, sus cultivos, construcciones y demás detalles que se estimen necesarios para calcular los perjuicios.

Podrán omitirse la aprobación del proyecto, la nota de aviso y la diligencia prevista en el inciso que antecede, en los casos de ocupación provisional o de obras urgentes para evitar la interrupción del tránsito; pero el empleado que realizare la ocupación provisional o que dirigiere la obra urgente, elevará una relación a la respectiva autoridad, indicando el terreno a ocuparse, sus cultivos, construcciones y demás detalles que se estime necesarios.

Una vez reparado el daño del camino, se reestablecerán las cosas al estado anterior”.

Por su parte, el artículo 4 del Reglamento a la Ley de Caminos prevé respecto del derecho de vía, que se determinará una vez elaborados los planos y diseños de la respectiva obra vial. La norma reglamentaria tiene el siguiente texto:

“Art. 4.- Elaborados los planos y diseños para la construcción, conservación, ensanchamiento, mejoramiento o rectificación de caminos, el Ministerio dictará el correspondiente acuerdo de aprobación del respectivo proyecto de la obra Vial a realizarse y en dicho acuerdo se determinará el derecho de vía.

De manera general, el derecho de vía se extenderá a veinticinco metros, medidos desde el eje de la vía hacia cada uno de los costados, distancia a partir de la cual podrá levantarse únicamente el cerramiento; debiendo, para la construcción de vivienda, observarse un retiro adicional de cinco metros. En casos particulares de vías de mayor importancia, se emitirá el Acuerdo Ministerial que amplíe el derecho de vía según las necesidades técnicas.

Queda absolutamente prohibido a los particulares, construir, plantar árboles o realizar cualquier obra en los terrenos comprendidos dentro del derecho de vía salvo cuando exista autorización del Ministerio de Obras Públicas y con excepción de los cerramientos que se efectuarán con material que sean fácilmente transportables a otro lugar, tales como las cercas de malla de alambre o de alambre de púas.

De no haber dicha autorización, el Ministerio ordenará la demolición de construcciones, el corte de árboles y la destrucción de todo otro obstáculo que se encuentren en los terrenos que comprenden el derecho de vía y que hubieren sido efectuados a partir de la vigencia de la Ley de Caminos. Para el cumplimiento de esta orden, procederá a notificarla al propietario o poseedor del terreno, dándole un término prudencial, de acuerdo a las circunstancias. Caso de no cumplirse la orden, la Dirección Provincial de Obras Públicas o la Entidad encargada del camino, podrá ejecutar la demolición u otros trabajos, a costa de los propietarios de las construcciones, cultivos, etc.

Para el caso de las construcciones o cultivos permanentes y otras obras ejecutadas dentro de los terrenos comprendidos en el derecho de vía, hechos con anterioridad a la vigencia de la Ley de Caminos, la Dirección General de Obras Públicas, las Direcciones Provinciales, los Ingenieros Fiscalizadores de las obras o las Entidades encargadas de las mismas, procederán a expropiar las edificaciones, plantaciones, etc., con el objeto de dejar expedita la franja de terreno del derecho de vía, debiéndose aplicar el mismo procedimiento previsto en la Ley para las expropiaciones”.

El derecho de vía al que se refieren los artículos 3 de la Ley de Caminos y 4 de su Reglamento, da lugar a que las propiedades en las que recae queden afectadas o destinadas al fin predeterminado en el ordenamiento jurídico que es “la construcción, conservación,

ensanchamiento, mejoramiento o rectificación de caminos”, por lo que los particulares titulares de dominio de las superficies de suelo en las que se ha declarado el derecho de vía, quedan jurídicamente sujetos a limitaciones en el uso de dichas superficies de terreno, en las que se prohíbe construir, plantar árboles o realizar cualquier obra excepto cerramientos. De acuerdo con el artículo 42 de la misma Ley, las sanciones aplicables para quienes inobservan las prohibiciones que implica el derecho de vía, consisten en “(...) destruir las obras realizadas; y, en general, a volver las cosas a su estado anterior”.

Es decir que el derecho de vía tiene por finalidad conservar las superficies de terreno, sin edificaciones o productos de la tierra que obstaculicen o hagan más gravosa la posterior ejecución de obras de vialidad, que incluye su expropiación; según el tenor del artículo 3 de la Ley de Caminos, el derecho de vía faculta a las entidades públicas a ocupar predios sin más requisitos que los previstos en los incisos tercero y sexto de la misma norma, que ordenan a la entidad pública responsable de la vía, dejar cuando menos ocho días antes de la ocupación la respectiva nota de aviso en la propiedad; y, en el día y hora indicados para la ocupación en la nota de aviso, constituirse en el lugar para dejar constancia en acta de las observaciones de los interesados, así como “(...) la descripción del terreno materia de la ocupación, sus cultivos, construcciones y demás detalles que se estimen necesarios para calcular los perjuicios”.

La ocupación de predios para la ejecución de obras viales, a la que se refiere el artículo 3 de la Ley de Caminos, se debe diferenciar de la expropiación que por razones de utilidad pública o interés social y nacional, autoriza a efectuar el artículo 323 de la Constitución de la República y que para los gobiernos autónomos descentralizados se rige por el artículo 447 del COOTAD.

El artículo 323 de la Constitución de la República que autoriza la expropiación tiene el siguiente tenor:

“Art. 323.- Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación”.

Es decir que la norma suprema autoriza la expropiación de bienes, siempre que preceda “justa valoración, indemnización y pago”; un proceder distinto configuraría la confiscación, prohibida por la misma norma.

Las expropiaciones que requieran efectuar los gobiernos autónomos descentralizados para el ejercicio de sus competencias exclusivas, se rigen por el procedimiento regulado en la Sección Séptima del COOTAD a partir del artículo 446 de ese cuerpo normativo, que implica la declaratoria de utilidad pública. Al efecto, el primer inciso del artículo 447 del citado COOTAD dispone:

“Art. 447.- Declaratoria de utilidad pública.- Para realizar expropiaciones, las máximas autoridades administrativas de los gobiernos regional, provincial, metropolitano o municipal, resolverán la declaratoria de utilidad pública, mediante acto debidamente motivado en el que constará en forma obligatoria la individualización del bien o bienes requeridos y los fines a los que se destinará. A la declaratoria se adjuntará el informe de la autoridad correspondiente de que no existe oposición con la planificación del ordenamiento territorial establecido, el certificado del registrador de la propiedad, el informe de valoración del bien; y, la certificación presupuestaria acerca de la existencia y disponibilidad de los recursos necesarios para proceder con la expropiación”.

Por su parte, el artículo 459 reformado del citado Código prescribe que: “En lo no previsto en esta Sección, se aplicarán las normas de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y del Código de Procedimiento Civil, relativas a las expropiaciones. Además se aplicarán las normas y procesos establecidos mediante ley para casos especiales de expropiación”.

El segundo inciso del artículo 9 de la Ley de Caminos, prevé que: “Los consejos provinciales u otras entidades resolverán la expropiación al tratarse de caminos que se hallen a su cargo”.

De lo expuesto, se desprende que los conceptos de expropiación y ocupación son diferentes, aunque están relacionados entre sí. La expropiación es un procedimiento que de acuerdo con el artículo 447 del COOTAD, les impone a las municipalidades expedir el acto administrativo de declaratoria de utilidad pública, cumpliendo los requisitos previstos en esa norma, entre otros, la certificación presupuestaria acerca de la existencia y disponibilidad de los recursos necesarios para proceder con la expropiación.

Según el artículo 448 del COOTAD, notificada la declaratoria de utilidad pública a los propietarios de los bienes a expropiar, la entidad debe buscar un acuerdo sobre el precio sobre la base del avalúo del bien, de acuerdo con el artículo 449 *ibidem*; y, de no obtener dicho acuerdo, la entidad debe proponer juicio de expropiación ante la

justicia ordinaria, según el artículo 453 del COOTAD, cuyo texto tiene el siguiente tenor:

“Art. 453.- Juicio de expropiación.- Si no fuere posible llegar a un acuerdo sobre el precio de los bienes expropiados, la administración podrá proponer juicio de expropiación ante la justicia ordinaria, de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Civil, juicio que tendrá como único objetivo la determinación del valor del inmueble”.

El artículo 797 del Código de Procedimiento Civil, cuerpo normativo al que se remite en forma expresa el artículo 459 reformado del COOTAD, para efectos de la ocupación del inmueble que se requiere expropiar, prescribe lo siguiente:

“Art. 797.- Cuando se trate de expropiación urgente, considerada como tal por la entidad que la demanda, se procederá a ocupar inmediatamente el inmueble. Esta ocupación será decretada por el juez en la primera providencia del juicio, siempre que, a la demanda, se acompañe el precio que, a juicio del demandante, deba pagarse por lo expropiado. El juicio continuará por los trámites señalados en los artículos anteriores, para la fijación definitiva de dicho precio. La orden de ocupación urgente es inapelable y se cumplirá sin demora”.

Es decir que para efectuar la ocupación urgente del bien que se requiere expropiar, la entidad debe efectuar la consignación del valor del bien, de acuerdo con el artículo 797 del Código de Procedimiento Civil.

Por su parte, el artículo 3 de la Ley de Caminos que se transcribió en los antecedentes, según su primer inciso, habilita a la entidad pública responsable, a ocupar los terrenos que requiere para construir, conservar, ensanchar, mejorar o rectificar caminos; y, en el sexto inciso le impone la obligación de dejar constancia en acta, de las observaciones que efectúen los interesados, así como de la descripción del terreno materia de la ocupación, sus cultivos, construcciones “y demás detalles que se estimen necesarios para calcular los perjuicios”.

Mientras que, de acuerdo con los artículos 447 del COOTAD y 9 de la Ley de Caminos, se debe observar el procedimiento de expropiación por razones de utilidad pública, cuando la ejecución de una obra vial o una ampliación de una vía existente, implique privar al particular del dominio sobre el bien raíz en el que se ejecutará la obra.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, en ejercicio de la competencia exclusiva que los artículos 264 numeral 3 de la

Constitución de la República y 129 quinto inciso del COOTAD confieren a las Municipalidades para planificar, construir y mantener la vialidad urbana, esas entidades están facultadas para aplicar el derecho de vía que establece el artículo 3 de la Ley de Caminos. No obstante, la ocupación de los inmuebles que requieran para ejecutar obras de vialidad urbana, privando a los particulares del dominio sobre el respectivo terreno, se debe efectuar en el contexto de un procedimiento de expropiación, en el que a falta de acuerdo con los propietarios de los bienes expropiados, según el artículo 797 del Código de Procedimiento Civil al plantear el juicio de expropiación, la entidad debe efectuar la consignación del valor del bien y solicitar al juez decrete la ocupación según prescribe esa norma.

El presente pronunciamiento se limita únicamente al análisis e inteligencia de normas jurídicas y no constituye autorización de ningún tipo para ocupar de manera inmediata, los predios declarados de utilidad pública mediante la aplicación del denominado “derecho de vía”.

Es de exclusiva responsabilidad de los personeros municipales determinar la oportunidad y conveniencia de declarar de utilidad pública la adquisición de inmuebles, así como calificar de urgente su ocupación.

FONDOS ASIGNADOS A LAS PARROQUIAS RURALES: INVERSIÓN EN LAS CIRCUNSCRIPCIONES TERRITORIALES

OF. PGE. N°: 19045 de 03-10-2014

ENTIDAD CONSULTANTE: Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Penipe

CONSULTAS:

“1.- El Art. 3 en referencia señala que los proyectos se destinarán a las áreas urbanas y rurales, bajo este contexto, ¿se puede invertir estos recursos para obras de interés en toda la jurisdicción cantonal, o únicamente en la jurisdicción de las parroquias rurales que señala la disposición citada: Matus, El Altar, La Candelaria y Bayusig?”;

“2.- ¿Se pueden invertir los recursos que la ley citada determina para la construcción del edificio municipal en la cabecera cantonal y en la cual se diseñará y planificará áreas para las parroquias beneficiarias?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República de Ecuador, Arts. 226, 237 núm. 3 y 238. Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Art. 3 lit. c) y Disposición General Segunda. Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Arts. 3 lit. e) y 13. Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico y de Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales, Arts. 1, 3 núms. 1 y 2; 4; y, 5 lit. b) inc. segundo; y, 12 de su Reglamento. Ley No. 104, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 245 de 4 de enero de 2008. Arts. 2 inc. primero y 3.

PRONUNCIAMIENTO:

Me refiero a su oficio No. 213-SGADM-P-2014 de 5 de agosto de 2014, ingresado a esta Procuraduría el 6 de agosto del presente año, por el que reformula las consultas inicialmente planteadas en oficio No. 195-2014-ALC-GADMPENIPE de 24 de julio de 2014, ingresado el 25 de julio de 2014, a la Dirección Regional de la Procuraduría General del Estado en la ciudad de Riobamba y recibido en este Despacho el 31 de julio del presente año.

Con oficio No. 18339 de 6 de agosto de 2014, este Organismo se abstuvo de atender las consultas inicialmente planteadas por esa Municipalidad en oficio No. 195-2014-ALC-GADMPENIPE de 24 de julio de 2014, por no estar dirigidas a la inteligencia o aplicación de una norma jurídica, según las competencias que confieren a esta Entidad los artículos 237 numeral 3 de la Constitución de la República; y, 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

La Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico y de Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales, fue inicialmente publicada en el Registro Oficial No. 30 de 21 de septiembre de 1992; y, su Codificación consta en el Registro Oficial No. 222 de 1 de diciembre de 2003.

Las Disposiciones reformativas y derogatorias del COOTAD, no se refieren a la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico y de Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales, sobre cuya aplicación trata la consulta.

Por su parte, la Disposición General Segunda del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), establece que los recursos que beneficiaban a los gobiernos autónomos descentralizados, provenientes de fondos creados mediante leyes especiales fueron "(...) compensados en las transferencias de recursos

del presupuesto general del Estado”. La citada Disposición prescribe en su primer inciso lo siguiente:

“SEGUNDA.- Fondos especiales.- Los recursos que venían recibiendo los gobiernos autónomos descentralizados mediante las leyes de fondos especiales, y que están compensados en las transferencias de recursos del presupuesto general del Estado, serán utilizados para los fines establecidos en las leyes respectivas, siempre y cuando sean titulares de estas competencias o les hayan sido delegadas por el titular de las mismas”.

Por el antecedente normativo que se ha referido, en forma previa a atender sus consultas y a fin de contar con mayores elementos de análisis, con oficio No. 18543 de 26 de agosto de 2014, requerí el criterio institucional del Ministerio de Finanzas en el que se informe si los recursos que integran el Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico que benefician a los gobiernos autónomos descentralizados de la región amazónica, han sido o no compensados en el Presupuesto General del Estado.

Con oficio No. 18773 de 11 de septiembre de 2014, insistí en el requerimiento formulado al Ministerio de Finanzas.

Mediante oficio No. MINFIN-SRF-2014-0366-O de 16 de septiembre de 2014, ingresado el 16 de septiembre del presente año, suscrito por la economista María Gabriela Carrasco, Subsecretaria de Relaciones Fiscales del Ministerio de Finanzas se ha atendido nuestro requerimiento.

La Subsecretaria de Relaciones Fiscales del Ministerio de Finanzas, invoca el artículo 3 de la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico que ordena al Banco Central efectuar la transferencia mensual de los recursos del Fondo a sus beneficiarios sin necesidad de orden previa alguna; así como, los artículos 226 y 238 de la Constitución de la República y la letra c) del artículo 3 del COOTAD, que en su orden establecen el principio de legalidad, coordinación y corresponsabilidad entre todos los niveles de gobierno para el ejercicio de competencias; y, expone:

“En base al marco legal citado se concluye que los recursos que los Gobiernos Autónomos Descentralizados reciben del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico, mismos que son transferidos por el Banco Central del Ecuador de manera mensual, pueden ser invertidos en proyectos exclusivamente de: agua potable, alcantarillado sanitario, regeneración urbana, tratamiento de desechos sólidos y de aguas servidas, educación, salud, desarrollo productivo y microempresarial

tanto en áreas urbanas como rurales; por lo tanto, los recursos no pueden ser transferidos o utilizados por un GAD diferente y en la construcción de una obra que no esté señalada en la Ley”.

De la información remitida por el Ministerio de Finanzas, previamente transcrita, se desprende que las transferencias de los recursos del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico, se continúan efectuando por el Banco Central del Ecuador en forma mensual, a favor de los gobiernos autónomos descentralizados beneficiarios de dicho Fondo, conforme al artículo 3 de la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico y de Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales.

Con tales antecedentes, atiendo sus consultas en forma conjunta por estar ambas relacionadas con la aplicación del numeral 1 del artículo 3 de la Codificación de la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico y de Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales.

El artículo 1 de la referida Ley creó el Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico, cuyos recursos provienen del tributo que esa norma establece, cuyo tenor es el siguiente:

“Art. 1.- Créase el Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico que se incrementará con los ingresos provenientes del impuesto equivalente a un dólar de los Estados Unidos de América (USD 1.00), por cada barril de petróleo que se extraiga en la Región Amazónica, y se comercialice en los mercados interno y externo”.

Según el primer inciso del artículo 2 de la misma Ley, reformado por Ley No. 104, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 245 de 4 de enero de 2008, “(...) las empresas nacionales y extranjeras dedicadas a la explotación petrolera en la Amazonía ecuatoriana, depositarán mensualmente los valores que se generen por el impuesto establecido en el artículo anterior, en la cuenta especial denominada ‘FONDO PARA EL ECODesarrollo Regional Amazonico’ que, para el efecto, será abierta en el Banco Central del Ecuador”.

El artículo 3 de la Ley, sustituido por Ley No. 104, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 245 de 4 de enero de 2008, establece las entidades partícipes o beneficiarias de los recursos del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico, los porcentajes de participación de los beneficiarios en los recursos del Fondo, así como el destino de los recursos. El texto de la disposición es el siguiente:

“Art. 3.- El Banco Central del Ecuador, dentro de los primeros diez días de cada mes y sin necesidad de orden previa alguna, procederá a

transferir los recursos de este fondo a los respectivos partícipes, en base a los siguientes porcentajes:

1.- El 58% para los municipios amazónicos, incluidas las parroquias rurales río verde y río negro del cantón Baños; y las parroquias rurales Matus, El Altar, La Candelaria y Bayusig, del cantón Penipe, a fin de financiar proyectos de agua potable, alcantarillado sanitario, regeneración urbana, tratamiento de desechos sólidos y de aguas servidas, educación, salud, desarrollo productivo y micro empresarial en áreas urbanas y rurales en la respectiva jurisdicción cantonal.

2.- El 28% para los consejos provinciales de la Región Amazónica, destinado a proyectos de caminos vecinales, dotación de infraestructura educativa, alcantarillado sanitario y agua potable del área rural, para el desarrollo ambiental que comprenderá inversiones en programas de prevención, preservación y conservación del ambiente, biodiversidad, áreas naturales protegidas, de reserva de biosfera, cuencas hidrográficas, y en general en el manejo de los ecosistemas.

3.- El 9% para el fondo regional amazónico cuya administración está a cargo del Instituto para el Ecodesarrollo Regional Amazónico, al que se refiere el artículo 5 de esta ley. Los proyectos financiados con los recursos de este fondo, deberán ceñirse a las políticas y directrices emanadas por el Directorio y se los utilizará exclusivamente en la ejecución de programas y proyectos de interés regional en las siguientes áreas:

- a) Implementación y fortalecimiento de proyectos integrales para el transporte aéreo de acción cívica, ambulancia aérea y transporte fluvial, previo convenio con los organismos públicos competentes, como son la Fuerza Aérea Ecuatoriana y la Armada Nacional a través de los repartos y sus entidades técnicas subordinadas, según sus competencias;
- b) Constitución y desarrollo de las circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas;
- c) Fortalecimiento y desarrollo de proyectos y programas agroproductivos impulsados por los centros agrícolas cantonales de la Región Amazónica Ecuatoriana (RAE); y,
- d) Preservación y recuperación de los recursos naturales y biodiversidad.

En ningún caso el ECORAE destinará estos recursos al financiamiento de proyectos de los gobiernos seccionales.

4.- El 5% para la creación del Fondo de Desarrollo Parroquial Amazónico, para las juntas parroquiales.

Los porcentajes a favor de los organismos seccionales referidos en los numerales 1, 2 y 4 serán distribuidos en la siguiente manera: 40% en partes iguales; 60% en proporción a la población de cada jurisdicción, conforme a las cifras oficiales del último censo de población.

En caso de que se crearen nuevos cantones, parroquias y provincias, el Instituto Nacional de Estadística y Censos proporcionará las cifras de población que correspondan según las nuevas jurisdicciones cantonales”.

El informe del Procurador Síndico de la Municipalidad del Cantón Penipe, contenido en oficio No. 138-COMAGA-2014, de 23 de julio de 2014, cita el numeral 1 del artículo 3 de la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico y de Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales, transcrito en los antecedentes, que incluye entre los beneficiarios de los recursos de ese Fondo a varias parroquias rurales del Cantón Penipe; así como el artículo 5 del Reglamento a esa Ley, cuyo cuarto inciso establece que los recursos asignados a las parroquias rurales de Matus, El Altar, La Candelaria y Bayusig del cantón Penipe serán administrados por el Municipio de Penipe.

Sobre la base normativa previamente referida, el Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, concluye que:

“(…) Los fondos de las parroquias son administrados por los cantones (…).

Observando las normas anotadas anteriormente, se desprende que se puede invertir en obras de inversión de interés cantonal siempre que sean beneficiarias las parroquias rurales por las cuales reciben los recursos económicos”.

Por su parte, la Subsecretaria de Relaciones Fiscales del Ministerio de Finanzas, en el criterio institucional que fue transcrito íntegro en los antecedentes, sobre la base del artículo 3 de la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico concluyó que los recursos del referido Fondo “(…) no pueden ser transferidos o utilizados por un GAD diferente y en la construcción de una obra que no esté señalada en la Ley”.

De acuerdo con el artículo 3 de la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico y de Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales, transcrita en los antecedentes, son beneficiarios de los recursos de dicho Fondo:

1. Las municipalidades amazónicas y las parroquias rurales Río Verde y Río Negro del Cantón Baños; Matus, El Altar, La Candelaria y Bayusig del cantón Penipe, según el numeral 1;
2. Los consejos provinciales de la Región Amazónica conforme al numeral 2;
3. El Fondo Regional Amazónico administrado por el Instituto para el Ecodesarrollo Regional Amazónico (ECORAE) según el numeral 3; y,
4. El Fondo de Desarrollo Parroquial Amazónico para las juntas parroquiales, de acuerdo con el numeral 4.

Es decir que según el numeral 1 del citado artículo 3 de la Ley en análisis, son partícipes y beneficiarias de los recursos del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico, las municipalidades amazónicas; y, por la previsión legal expresa, las parroquias rurales Río Verde y Río Negro del Cantón Baños; y, Matus, El Altar, La Candelaria y Bayusig del Cantón Penipe, respectivamente.

En otras palabras, la parte final del numeral 1 del artículo 3 de la citada Ley instituye en forma expresa a las parroquias rurales Matus, El Altar, La Candelaria y Bayusig del Cantón Penipe, como beneficiarias de los recursos del Fondo; y, el artículo 5 del Reglamento a dicha Ley, confiere a la Municipalidad del Cantón Penipe, el carácter de administradora de dichos recursos, como se verá más adelante.

El destino de los recursos del Fondo, consta establecido en el citado numeral 1 del artículo 3 de la Ley en análisis y consiste en el financiamiento de proyectos de agua potable, alcantarillado sanitario, regeneración urbana, tratamiento de desechos sólidos y de aguas servidas, educación, salud, desarrollo productivo y micro empresarial.

Según el artículo 4 de la misma Ley, los recursos del Fondo se destinan también al financiamiento de proyectos de vialidad y saneamiento ambiental. El texto de la norma, es el siguiente:

“Art. 4.- Los organismos seccionales destinarán no menos del 80% de los recursos asignados en el artículo anterior al financiamiento de proyectos de vialidad y saneamiento ambiental en sus respectivas jurisdicciones; y, especialmente, para los contemplados en el Plan Maestro de Ecodesarrollo en la Región Amazónica”.

Concordante, la Ley No. 104, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 245 de 4 de enero de 2008, agregó a continuación del artículo 12 de la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico y de Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales, un segundo artículo innumerado, que reitera que los recursos del Fondo

están destinados para proyectos de inversión y no a gastos corrientes; dicha norma dispone:

“Art. ...- De los fondos asignados a los gobiernos seccionales autónomos a los que se refiere esta Ley, se destinará el 100% exclusivamente a inversión y, por ningún concepto se imputará a gasto corriente o al pago de remuneraciones, viáticos, gastos de viaje y servicios de consumo”.

El segundo inciso posterior a la letra b) del artículo 5 del Reglamento a la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico, publicado en el Registro Oficial No. 352 de 4 de junio de 2008, asigna al Municipio del Cantón Penipe la administración de los recursos del referido Fondo, que corresponden a las parroquias rurales beneficiarias (Matus, El Altar, La Candelaria y Bayusig del cantón Penipe). El texto de la norma reglamentaria es el siguiente:

“Art. 5.- Los organismos seccionales de la Región Amazónica Ecuatoriana participarán en el fondo de conformidad con el artículo 3 y el artículo innumerado luego del artículo 12 agregado por la Ley Reformatoria a la Codificación de la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico y de fortalecimiento de sus organismos seccionales.

(...) Los recursos asignados a las parroquias rurales de Río Verde y Río Negro del cantón Baños serán administrados por el Municipio de Baños.

Los recursos asignados a las parroquias rurales de Matus, El Altar, La Candelaria y Bayusig del cantón Penipe serán administrados por el Municipio de Penipe (...).”

De las normas citadas se desprende que, según la parte final del numeral 1 del artículo 3 de la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico y de Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales, las parroquias rurales Matus, El Altar, La Candelaria y Bayusig del cantón Penipe son beneficiarias de los recursos de ese Fondo; y que, de acuerdo con el segundo inciso posterior a la letra b) del artículo 5 del Reglamento a esa Ley, el Municipio de Penipe es administrador de los recursos de dicho Fondo, asignados a las referidas parroquias rurales de su circunscripción cantonal.

El destino de los recursos del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico, consta establecido en los artículos 3 y 4 de la Ley en análisis y consiste en el financiamiento de proyectos de agua potable, alcantarillado sanitario, regeneración urbana, tratamiento de desechos

sólidos y de aguas servidas, educación, salud, desarrollo productivo y micro empresarial; vialidad y saneamiento ambiental. Concordante, el artículo innumerado segundo agregado luego del artículo 12 de la Ley, reitera que los recursos del Fondo se deben destinar a proyectos de inversión y no a gasto corriente.

En atención a los términos de su primera consulta se concluye que, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 3 de la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico y de Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales, los recursos de dicho Fondo asignados a las parroquias rurales Matus, El Altar, La Candelaria y Bayusig del cantón Penipe se deben invertir en las circunscripciones territoriales de dichas parroquias rurales.

Respecto de su segunda consulta se concluye que, los recursos del referido Fondo que el Municipio del Cantón Penipe administra, se deben destinar a proyectos de inversión en las materias expresamente previstas por el numeral 1 del artículo 3 y el artículo 4 de la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico (agua potable, alcantarillado sanitario, regeneración urbana, tratamiento de desechos sólidos y de aguas servidas, educación, salud, desarrollo productivo y micro empresarial, vialidad y saneamiento ambiental), proyectos que deben ser ejecutados en las circunscripciones que corresponden a las parroquias rurales beneficiarias de esos recursos.

JUBILACIÓN PATRONAL: CÓDIGO DEL TRABAJO

OF. PGE. N°: 19988, de 16-12-2014

ENTIDAD CONSULTANTE: Superintendente de Telecomunicaciones

CONSULTA:

“¿De conformidad con lo establecido en la Disposición General Primera de la Ley Orgánica del Servicio Público, que señala: ‘Los servidores públicos que, por mandato de lo dispuesto en la Constitución de la República, pasen de estar sujetos al Código del Trabajo a esta ley, se les reconocerá la jubilación patronal a que tienen derecho conforme establece el régimen patronal privado si, a la vigencia de la actual Constitución, tenían más de trece años de servicios en el sector público’. Los servidores y trabajadores públicos, que cumplan con las condiciones determinadas en esta Disposición, podrán beneficiarse de la jubilación patronal?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 229.

Mandato Constituyente No. 2.

Mandato Constituyente No. 4, R.O.S. N° 273, de 14-02-2008.

Mandato Constituyente No 8.

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 2, 4, 129 inc. final, y Disp. General Primera.

Ley Especial de Telecomunicaciones, Disp. Trans. Sexta y Octava.

Código del Trabajo, Arts. 4 y 216.

D.E. N° 225, R.O. N° 123 de 04-02-2010, que reformó el D.E. N° 1701, R.O. N° 592 de 18-05-2009, Art. 1.

PRONUNCIAMIENTO:

A fin de contar con mayores elementos de análisis, en forma previa a atender su pedido, con oficio No. 19391 de 31 de octubre de 2014 este Organismo solicitó el criterio institucional del Ministerio de Relaciones Laborales. Con oficio No. 19663 de 21 de noviembre de 2014, se insistió en el referido requerimiento que ha sido atendido mediante oficio No. 6612 de 27 de noviembre de 2014, recibido el mismo día.

Según refiere el informe del Procurador General de la entidad consultante, contenido en memorando IJR-2014-00263 de 23 de octubre de 2014, de acuerdo con las iniciales Disposiciones Transitorias Sexta y Octava de la Ley Especial de Telecomunicaciones, promulgada en el Registro Oficial No. 996 de 10 de agosto de 1992, la Superintendencia de Telecomunicaciones se conformó con personal del extinguido Instituto Ecuatoriano de Telecomunicaciones (IETEL), personal respecto del cual la citada Disposición Transitoria Sexta previó que: “Todos los derechos, beneficios sociales y prestaciones de servicios, adquiridos por los funcionarios, empleados y trabajadores del IETEL, en ningún caso podrán ser disminuidos o quebrantados (...)”.

Agrega el referido informe que, “Con Resolución No. ST-2000-016 de 18 de junio de 2000, modificada con Resolución No. ST-2001-008 de 26 de enero de 2001, se instituye el beneficio de jubilación patronal para los funcionarios y servidores de la Superintendencia de Telecomunicaciones (...)”, y que con Resolución No. ST-2010-0165 de 21 de abril de 2010, se reforma el procedimiento para acreditar el derecho a la jubilación patronal.

El informe del Procurador General de la entidad consultante, cita entre otras normas, los artículos 229 de la Constitución de la República que contiene la definición de servidor público, 4 y 216 del Código del Trabajo que, en su orden, establecen que los derechos del trabajador

son irrenunciables e instaure la jubilación patronal; y, respecto de la aplicación de la Disposición General Primera de la Ley Orgánica del Servicio Público, manifiesta lo siguiente:

“Al determinarse en la Disposición General Primera de la LOSEP, que los servidores públicos que, por mandato de lo dispuesto en la Constitución de la República, pasen de estar sujetos al Código del Trabajo a esta ley, se les reconocerá la jubilación patronal a que tienen derecho conforme establece el régimen patronal privado si, a la vigencia de la actual Constitución, tenían más de trece años de servicios en el sector público; nace la duda respecto de la intención del legislador al momento de su creación, al haber determinado que los servidores públicos que por mandato constitucional pasen de estar sujetos al Código del Trabajo a la LOSEP tendrán el derecho a la jubilación, si los servidores públicos conforme la citada Ley están sujetos a la Ley Orgánica del Servicio Público y no al Código del Trabajo. Se podría entender que los servidores públicos sujetos a la LOSEP y que tenían a la fecha de la expedición de la Ley, más de trece años de servicios en el sector público, también tendrían el derecho a la jubilación patronal”.

Por su parte, el Ministro de Relaciones Laborales cita el Decreto Ejecutivo No. 225 publicado en el Registro Oficial No. 123 de 4 de febrero de 2010, que reformó el Decreto Ejecutivo No. 1701 publicado en el Registro Oficial No. 592 de 18 de mayo de 2009, que confiere a esa Secretaría de Estado atribución para calificar el régimen aplicable a los obreros y servidores públicos; e invoca concretamente el numeral 1.1.1.5 del artículo 1 del Decreto 225 que dispone:

“Art. 1.- La contratación colectiva de trabajo en todas las instituciones del sector público y entidades de derecho privado en las que, bajo cualquier denominación, naturaleza, o estructura jurídica, el Estado o sus instituciones tienen participación accionarial mayoritaria y/o aportes directos o indirectos mayoritarios de recursos públicos, se sustentará en los siguientes criterios:

(...) 1.1.1.5.- Las personas que en función de la clasificación de servidor y obrero que realice el Ministerio de Relaciones Laborales, con sujeción a este decreto, pasen de ser considerados bajo el régimen del Código del Trabajo a ser servidores bajo el amparo de la LOSCCA y/o las leyes que regulan la Administración Pública, mantendrán los derechos que hubieren adquirido en la contratación colectiva en lo referente a remuneraciones, retiro y jubilación patronal, esta última siempre que hubieren laborado al menos 13 años en la misma institución, los mismos que se contabilizarán para efectos de ésta. Los derechos económicos que se mantendrán serán aquellos que no hayan sido eliminados o excluidos en virtud de este decreto ejecutivo, con los

límites establecidos en los mandatos constituyentes. Para el caso de retiro para acogerse a la jubilación se aplicará un solo beneficio, o el establecido en el contrato colectivo o el que se pague en la institución pública, el que sea más favorable a la persona. Para el caso de personas que pasen de ser servidores a obreros, se considerará el tiempo laborado en la misma institución para efectos del cálculo de vacaciones, jubilación, retiro, indemnización por despido, fondo de reserva, liquidaciones, según establece el Código del Trabajo”.

Sobre dicha base, el Ministro de Relaciones Laborales expone:

“Por tanto, las personas que en función de la clasificación efectuada por este Ministerio, y que por efecto del cambio de régimen laboral, pasan del Código del Trabajo a ser servidores públicos sujetos a la LOSCCA (actual LOSEP) y/o las leyes que regulan la Administración Pública y venían laborando al menos trece años en la misma institución, mantendrán los derechos de la contratación colectiva en lo relacionado a remuneraciones, retiro y jubilación patronal, siempre bajo el entendido que esos derechos se aplican con los límites establecidos en el Mandato Constituyente No. 4, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 273, de 14 de febrero del 2008.

En razón de lo expuesto y en relación con la jubilación patronal de las personas trabajadoras que laboraron más de trece años sujetos al Código del Trabajo y al ser clasificados como servidores públicos por este Ministerio, se debe aplicar lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2, el inciso final de la Disposición General Primera de la Ley Orgánica del Servicio Público; y, el artículo 2 número 1.1.1.5 del Decreto Ejecutivo No. 225”.

Resulta pertinente considerar como antecedente que, en pronunciamiento contenido en oficio No. 09764 de 14 de septiembre de 2012, diferencié la jubilación patronal que establece el artículo 216 del Código del Trabajo, de aquella jubilación que provenía de los fondos privados de jubilación complementaria y cesantía; y manifesté que:

“Por lo expuesto, teniendo en cuenta que los Decretos Ejecutivos Nos. 172, publicado en el Registro Oficial No. 90 de 17 de diciembre del 2009, y 1701 publicado en el Registro Oficial No. 592 de 18 de mayo de 2009, se refieren al pago de una transferencia mensual denominada transferencia solidaria a ex servidores que han venido percibiendo una pensión jubilar de fondos privados de jubilación complementaria o de cesantía, bajo cualquier denominación que estos tuvieran, se concluye que dichos decretos ejecutivos no son aplicables a la Jubilación Patronal que tiene como fundamento el artículo 216 de la Codificación del Código del Trabajo”.

Corresponde distinguir adicionalmente, la jubilación patronal de la compensación por retiro voluntario para acogerse a jubilación que es un beneficio que se rige por el artículo 129 de la LOSEP, que requiere planificación institucional y se reconoce por una sola vez, con sujeción a los límites establecidos en esa norma; y, en el ámbito de personal del sector público amparado por el Código del Trabajo, se sujeta a los límites que para los beneficios establecidos por la contratación colectiva, determinan los Mandatos 2, 4 y 8 y el Decreto Ejecutivo No. 1701 al que se ha referido el criterio institucional del Ministerio de Relaciones Laborales.

La jubilación patronal, que es el tema al que se refiere la consulta, consta establecida por el artículo 216 del Código del Trabajo, cuyo primer inciso señala lo siguiente:

“Art. 216.- Jubilación a cargo de empleadores.- Los trabajadores que por veinticinco años o más hubieren prestado servicios, continuada o interrumpidamente, tendrán derecho a ser jubilados por sus empleadores (...)”.

Según el mencionado artículo 216 del Código del Trabajo, la jubilación patronal es un derecho para los trabajadores amparados por ese cuerpo normativo, que por veinticinco años o más hubieren prestado servicios al mismo empleador, de acuerdo con las reglas que esa norma establece y correspondiéndole al empleador su pago.

De acuerdo con el artículo 229 de la Constitución de la República, “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 tercer inciso de la misma norma prevé que: “Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo”. Dichas previsiones se reiteran en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que dispone:

“Art. 4.- Servidoras y servidores públicos.- 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.

Las trabajadoras y trabajadores del sector público estarán sujetos al Código del Trabajo”.

Por su parte, el inciso final de la Disposición General Primera de la Ley Orgánica del Servicio Público, sobre cuya aplicación trata su consulta, establece lo siguiente:

“Los servidores públicos que, por mandato de lo dispuesto en la Constitución de la República, pasen de estar sujetos al Código del Trabajo a esta ley, se les reconocerá la jubilación patronal a que tienen derecho conforme establece el régimen patronal privado si, a la vigencia de la actual Constitución, tenían más de trece años de servicios en el sector público”.

La norma transcrita es aplicable al personal que laboraba en el sector público al amparo del Código del Trabajo y que ha sido clasificado para regirse en adelante por la Ley Orgánica del Servicio Público; personal respecto del cual se prevé el reconocimiento de la jubilación patronal (conforme al Código del Trabajo según se verá más adelante), siempre que al tiempo en que empezó a regir la nueva Constitución (octubre de 2008) hubiera tenido más de trece años de servicio en el sector público.

La Disposición General Primera de la LOSEP, se refiere a la jubilación patronal que establece el régimen patronal privado y por tanto efectúa una remisión al artículo 216 del Código del Trabajo que fue transcrito en los antecedentes, y cuyo primer inciso establece la jubilación patronal a cargo del empleador, en beneficio de los trabajadores que hubieren prestado sus servicios por veinticinco años o más al mismo empleador y cumplan los demás requisitos previstos en esa norma.

En el caso, según refiere el informe del Procurador General de la Entidad consultante, citado en los antecedentes, parte del personal de funcionarios, empleados y trabajadores del IETEL se incorporó a la Superintendencia de Telecomunicaciones, en aplicación de lo previsto por las Disposiciones Transitorias Sexta y Octava de la Ley Especial de Telecomunicaciones, promulgada en el Registro Oficial No. 996 de 10 de agosto de 1992, adquiriendo ésta el carácter de empleador de dicho personal.

La clasificación del personal del sector público, en servidores públicos u obreros, compete al Ministerio de Relaciones Laborales, según el Decreto Ejecutivo No. 225 publicado en el Registro Oficial No. 123 de 4 de febrero de 2010, que reformó el Decreto Ejecutivo No. 1701 publicado en el Registro Oficial No. 592 de 18 de mayo de 2009, que ha citado esa Secretaría de Estado en su criterio institucional; dicha clasificación se debe efectuar observando los criterios establecidos en dichos Decretos y, según el subnumeral 1.1.1.5 del artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 225, las personas que en virtud de la clasificación de servidor y obrero pasen del Código del Trabajo a ser

servidores bajo el amparo de la LOSCCA (actual LOSEP), mantendrán los derechos que hubieren adquirido para jubilación patronal, “esta última siempre que hubieren laborado al menos 13 años en la misma institución, los mismos que se contabilizarán para efectos de ésta. Los derechos económicos que se mantendrán serán aquellos que no hayan sido eliminados o excluidos en virtud de este decreto ejecutivo, con los límites establecidos en los mandatos constituyentes”.

Del análisis que precede se desprende que, de acuerdo con los artículos 229 de la Constitución de la República y 4 de la LOSEP, el concepto de servidor público es genérico, pero la aplicación del Código del Trabajo se refiere a los obreros del sector público. No obstante, la Disposición General Primera de la LOSEP al referirse a la jubilación patronal, se remite al artículo 216 del Código del Trabajo que la regula, estableciendo una excepción expresa que permite su aplicación al personal que, por la clasificación efectuada por el Ministerio de Relaciones Laborales, hubiere cambiado del régimen del Código del Trabajo al de la LOSEP.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de acuerdo con el inciso final de la Disposición General Primera de la LOSEP, los servidores públicos que por la clasificación que ha efectuado el Ministerio de Relaciones Laborales, están actualmente sujetos a la LOSEP, pero que inicialmente laboraron en el sector público al amparo del Código del Trabajo por más de trece años al tiempo de promulgación de la Constitución de la República (octubre de 2008), y cumplan las condiciones determinadas de edad y tiempo de servicio que establecen el artículo 216 del Código del Trabajo y el subnumeral 1.1.1.5 del artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 1701, tienen derecho a la jubilación patronal, con las limitaciones regladas por dicho Decreto. No tienen derecho a jubilación patronal, los servidores públicos que no hayan estado sujetos al Código del Trabajo al tiempo de expedición de la Ley Orgánica de Servicio Público, LOSEP.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas; es de exclusiva responsabilidad de la entidad consultante, la aplicación de las normas a los casos particulares.

JUBILACIÓN VOLUNTARIA: SERVIDORES CALIFICADOS COMO INVESTIGADORES

OF. PGE. N°: 19684 de 24-11-2014

ENTIDAD CONSULTANTE: Universidad Central del Ecuador

CONSULTAS:

“1. En el caso de los servidores calificados como INVESTIGADORES que han sido clasificados como personal administrativo por el Ministerio de Relaciones Laborales, que ocupaban dichos puestos antes de la expedición de la LOES y al momento de presentar su renuncia voluntaria solicitan que se les pague el incentivo que señala el Art. 76 del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior ¿Se debe o no reconocerles tal derecho, tomando en consideración el tiempo de servicio como profesores a medio tiempo e investigadores habida cuenta que pese a su ámbito, sus tareas son relacionadas con la investigación y la academia?”;

“2. Si la respuesta a la consulta anterior fuese positiva y por cuanto al cargo de investigador obligaba a ser desempeñado a tiempo completo, ¿se debe tomar en cuenta esos años y remuneraciones para la asignación y cálculo de la pensión jubilar complementaria?”.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Servicio Público, Art. 129.

Ley Orgánica de Educación Superior, Arts. 47, 70 inc. segundo, 147 y 158.

Ley Orgánica de Educación Superior (derogada), Arts. 2 inc. tercero, 50 y 66

Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, Arts. 3, 11 núm. 4, 21 y 76.

Res. No. MRL-FI-2013-0033 de 17/01/2013.

PRONUNCIAMIENTO:

El informe jurídico consta en el oficio No. 1189 P-A.3. de 15 de octubre de 2014, adjunto al oficio de consulta, suscrito por la Procuradora Encargada, quien manifiesta lo siguiente:

“1. Los servidores que han ostentado la denominación de investigadores, se encontraban inmersos en el ámbito de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y en tal sentido han sido expedidas sus acciones de personal, cumpliendo con las 40 horas semanales de trabajo; dichos funcionarios tenían a su cargo labores específicas relacionadas con la investigación y asuntos académicos, pero no desempeñaban labores docentes ni impartían clases.

2. En el caso concreto de la Universidad Central del Ecuador, el Ministerio de Relaciones Laborales, con Resolución No. MRL-FI-2013-0033 de 17 de enero del 2013, valoró y clasificó 960 puestos fijos de

esta Institución de Educación Superior, ubicando a quienes tenían nombramiento de INVESTIGADOR en cargos administrativos de acuerdo con su profesión, tales como Economista 2, Analista de Planificación 1, etc. Sujetos a la Ley Orgánica de Servicio Público y en ningún caso se reconoce a dichos profesionales a la calidad de docentes.

3. Actualmente el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, en el Art. 21 contempla la figura de ‘personal académico titular principal investigador de las universidades y escuelas politécnicas’ y dispone: ‘Para el ingreso por concurso como miembro del personal académico titular principal investigador de las universidades y escuelas politécnicas públicas y particulares, además de los requisitos generales establecidos en este reglamento, se acreditará: (...)’; esta calidad de personal académico se encuentra expresamente bajo el ámbito de la Ley Orgánica de Educación Superior, su aplicación rige para el futuro a partir de su expedición y no puede asimilarse a la misma al personal designado antes de la expedición de la LOES y del Reglamento de Carrera y Escalafón invocado, a un ámbito distinto al de su origen, sin que la propia ley lo faculte expresamente.

4. Diferenciados los ámbitos jurídicos de los cargos antes descritos, en aquellos casos en que los investigadores sujetos a la LOSEP que han recibido actualmente una nueva denominación, y adicionalmente impartían clases en el tercer nivel, a medio tiempo o tiempo parcial, sus derechos como docentes universitarios deben ser reconocidos en los términos y condiciones legalmente establecidos en base a las normas de la LOES y del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior”.

La vigente Ley Orgánica de Educación Superior fue promulgada en el Suplemento del Registro Oficial No. 298 de 12 de octubre de 2010 y en su artículo 70 determina el régimen laboral de los servidores del Sistema de Educación Superior, en los siguientes términos:

“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. En las instituciones de educación superior particulares se observarán las disposiciones del Código de Trabajo.

Los profesores o profesoras e investigadores o investigadoras visitantes extranjeros podrán tener un régimen especial de remuneraciones de acuerdo a la reglamentación que para el efecto expida el Consejo de Educación Superior.

Se prohíbe que recursos provenientes del Estado financien fondos privados de jubilación complementaria, de cesantía privados o cualquier fondo privado sea cual fuere su denominación en las instituciones del Sistema de Educación Superior públicas o particulares que reciben rentas o asignaciones del Estado. Estos fondos podrán continuar aplicándose y generando sus prestaciones para efecto de este tipo de coberturas, siempre y cuando consideren para su financiamiento única y exclusivamente los aportes individuales de sus beneficiarios”.

El inciso segundo del artículo 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior, determina que los investigadores de las universidades y escuelas politécnicas públicas son servidores públicos sujetos a un régimen propio, que estará contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior. Este régimen particular obedece a la condición de personal académico que dicha Ley Orgánica les otorga a los investigadores, según consta del artículo 147 de la Ley Orgánica de Educación Superior que corresponde al Capítulo II del Título VIII, que trata sobre el personal académico y dispone:

“Art. 147.- Personal académico de las universidades y escuelas politécnicas.- El personal académico de las universidades y escuelas politécnicas está conformado por profesores o profesoras e investigadores o investigadoras. El ejercicio de la cátedra y la investigación podrán combinarse entre sí, lo mismo que con actividades de dirección, si su horario lo permite, sin perjuicio de lo establecido en la Constitución, en esta Ley, y el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior”.

Al conferir la vigente Ley Orgánica de Educación Superior, la calidad de personal académico a los investigadores del Sistema de Educación Superior, les otorga derechos propios de este tipo de personal, como por ejemplo el periodo sabático, regulado en el artículo 158 *Ibidem*.

Concordante con lo establecido en la Ley Orgánica de Educación Superior, respecto del personal académico universitario, el artículo 3 del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, dispone lo siguiente:

“Art. 3.- Personal académico.- A efectos de este Reglamento, se considerará personal académico a los profesores e investigadores titulares y no titulares de las instituciones de educación superior públicas y particulares.

El personal administrativo y técnico docente de las instituciones de educación superior públicas y particulares no forma parte del personal académico”.

Así mismo, el numeral 4 del artículo 11 del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, alude a la calidad de personal académico de los investigadores y norma el tiempo de dedicación a la actividad de los investigadores.

Del marco jurídico hasta aquí referido, se evidencia que la vigente Ley Orgánica de Educación Superior ha establecido dos clases de personal académico, los docentes y los investigadores, quienes como personal de este tipo tienen un régimen particular. Sin embargo, del texto de las consultas formuladas, así como del informe jurídico transcrito, se evidencia que su consulta se refiere al personal que ingresó con nombramiento de “investigador”, antes de la vigente Ley Orgánica de Educación Superior y cuyos cargos fueron clasificados como administrativos por el Ministerio de Relaciones Laborales. En tal virtud, es necesario referirme a la Ley Orgánica de Educación Superior, publicada en el Registro Oficial No. 77 de 15 de mayo de 2000, derogada el 12 de octubre de 2010 por la vigente Ley Orgánica de Educación Superior.

La derogada Ley Orgánica de Educación Superior, en el inciso tercero del artículo 2 señalaba que: “Los centros de educación superior son comunidades de autoridades, personal académico, estudiantes, empleados y trabajadores”; y, respecto del personal académico, el artículo 50 preveía:

“Art. 50.- El personal académico de las instituciones del Sistema Nacional de Educación Superior está conformado por docentes, cuyo ejercicio de la cátedra podrá combinarse con la investigación, dirección, gestión institucional y actividades de vinculación con la colectividad.

Los docentes que hayan intervenido en una investigación tendrán derecho a participar, individual o colectivamente, de los beneficios que obtenga el centro de educación superior de la explotación o cesión de derechos sobre las invenciones realizadas. Igual derecho tendrán si participan en consultorías u otros servicios externos remunerados. Las modalidades y cuantía de la participación serán establecidas por cada institución.

Para ser docente regular de una universidad o escuela politécnica se requiere tener título universitario o politécnico, ganar el correspondiente concurso de merecimientos y oposición y reunir los requisitos señalados en los respectivos estatutos.

En los institutos superiores técnicos y tecnológicos y en las carreras de las universidades y escuelas politécnicas que otorguen títulos de técnicos y tecnólogos, sólo en casos de excepción se podrá designar como profesores a quienes tengan título de igual nivel, previo concurso de méritos y oposición. En el estatuto se fijarán los procedimientos de selección y contratación, en concordancia con los lineamientos que el CONESUP fijará para el efecto”.

Por su parte, en lo referente al personal no docente, la derogada Ley Ibídem disponía en su artículo 66 que:

“Art. 66.- El personal no docente de los centros de educación superior estará sujeto a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa o a los Códigos de Trabajo o Civil y al escalafón administrativo, según fueren empleados o trabajadores, de acuerdo a las características contractuales y según sea la institución pública o particular”.

Como se aprecia de las normas citadas, la derogada Ley Orgánica de Educación Superior reconocía como “personal académico” únicamente al personal que tenía nombramiento de docente en las universidades o escuelas politécnicas, sin perjuicio de que aquellos docentes intervengan también en labores de investigación, de lo que se infiere que el resto de personal, tenía la calidad de personal administrativo o trabajadores, según las labores que desempeñaban, acorde con lo determinado en el inciso tercero de su artículo 2.

De lo hasta aquí expuesto y en atención a los términos de su consulta se concluye que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 66 de la derogada Ley de Educación Superior, los servidores públicos que recibieron nombramiento de “investigadores” con la finalidad exclusiva de diferenciarlos del personal docente y realizaban labores eminentemente administrativas, se encontraban sujetos a la Ley de

Servicio Civil y Carrera Administrativa de la época; y en la actualidad por la naturaleza de sus actividades y de acuerdo a lo resuelto por el Ministerio de Relaciones Laborales, se encuentran sujetos al régimen establecido por la vigente Ley Orgánica de Servicio Público y por lo tanto en caso de manifestar su voluntad de jubilarse del servicio público, no tienen derecho a acceder a la compensación por jubilación voluntaria establecida en el artículo 76 del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior.

Finalmente, el pago de la compensación por jubilación voluntaria prevista en el artículo 76 del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, es aplicable para aquel personal que hubiere prestado servicios como profesores titulares a tiempo completo o parcial, es decir como “personal académico” al amparo de la derogada Ley Orgánica de Servicio Público y para aquellos servidores que a partir de la expedición de la vigente Ley Orgánica de Educación Superior, ostenten la calidad de personal académico titular; es decir, los docentes e investigadores titulares que cumplan con los requisitos legales establecidos en el mencionado artículo.

En ningún caso el servidor de una universidad o escuela politécnica pública, puede percibir simultáneamente la compensación por jubilación voluntaria prevista en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior para el personal académico, y el beneficio establecido por jubilación en el artículo 129 de la Ley Orgánica de Servicio Público, pues no se puede duplicar el beneficio que el servidor percibe por un mismo concepto. En consecuencia, el pago de una bonificación excluye el de otra.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia de normas jurídicas, siendo responsabilidad exclusiva de las Autoridades de la Universidad a su cargo, la aplicación de las mismas a casos particulares.

SEGUNDA CONSULTA

Considerando que al atender la primera consulta se ha determinado que los servidores calificados como investigadores y que no formaban parte del personal académico antes de la promulgación de la vigente Ley Orgánica de Educación Superior y posteriormente fueron clasificados como personal administrativo por el Ministerio de Relaciones Laborales, no se encuentran amparados en lo dispuesto en el artículo 76 del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e

Investigador del Sistema de Educación Superior, me abstengo de atender su segunda consulta.

LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN: JEFE DEL CUERPO DE BOMBEROS

OF. PGE. N°: 18378 de 08-08-2014

ENTIDAD CONSULTANTE: Cuerpo de Bomberos de Quito

CONSULTA:

“¿Se puede considerar el cargo de Primer Jefe o Comandante General del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, como de libre nombramiento y remoción, teniendo en cuenta que su nombramiento o designación no se da en razón del grado de confianza profesado por la Autoridad Nominadora, sino mediante un procedimiento de selección objetivo, de un grupo de oficiales superiores provenientes de la carrera profesional Bomberil, en orden jerárquico, según lo dispuesto en el Art. 18 de la Ley de Defensa Contra Incendios; y, que ni la LOSEP en su Art. 83), ni la Ordenanza Metropolitana No. 114, ni el Reglamento Orgánico por Procesos del CBDMQ, contemplan taxativamente la condición de libre nombramiento y remoción de dicha Autoridad?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 11 núm. 2 y 264 núm. 13.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, Arts. 55 lit. m), 57 lit. a), 60 lit. i) y 140 inc final, 322 y 359.

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 17 y 83 lits. a), b) y h).

Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa (derogada), Arts. 5 y 92 lit. b).

Ley Orgánica de Régimen Municipal (derogada), Art. 175.

Ley de Defensa Contra Incendios, Arts. 2 núm. 4, 15, 17 y 18.

Reglamento Orgánico, Operativo y de Régimen Interno y Disciplina de los Cuerpos de Bomberos del país, Arts. 1, 2, 15, 20, 174 y 177.

Reglamento a la Ley de Defensa contra Incendios que regula los grados de los oficiales bomberos a quienes corresponde ejercer Jefatura, Art. 16.

O.M. N° 114, atribución para nombrar y remover al Comandante General del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, Arts. 8 lit. a) y 15.

D.E. N° 1670, R.O. N°. 578 de 27-04-2009.

PRONUNCIAMIENTO:

A fin de contar con mayores elementos de análisis, en forma previa a atender su consulta, mediante oficios Nos. 17482, 17483 y 17484 de 27 de mayo de 2014, este Organismo solicitó los criterios institucionales del Alcalde del Distrito Metropolitano de Quito, de la Secretaría de Gestión de Riesgos y del Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (AME).

Con oficio No. SGR-DES-2014-1080-O de 5 de junio de 2014, ingresado el 9 de junio del presente año, la Secretaria de Gestión de Riesgos dio respuesta a nuestro pedido.

Mediante oficios Nos. 17718 y 17719 de 13 de junio de 2014, esta Entidad insistió en los requerimientos formulados al Alcalde del Distrito Metropolitano de Quito y al Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas.

El criterio institucional de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, ha sido remitido con oficio No. AME-DE-2014-0178 de 4 de junio de 2014, ingresado el 17 de junio del presente año, suscrito por el Director Ejecutivo de esa entidad asociativa.

Mediante oficio No. 0000318 de 13 de junio de 2014, ingresado el 20 de junio del presente año, suscrito por el Procurador del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, se ha remitido el criterio institucional de ese gobierno autónomo descentralizado.

El informe de la Directora Jurídica de la entidad consultante, contenido en memorando No. 71-CBDMQ-DJ de 5 de mayo de 2014, expone como antecedente que: “Los Cuerpos de Bomberos del País, funcionan como organismos vinculados a la Secretaría Técnica de Gestión de Riegos o de acuerdo al Art. 140 del COOTAD, como instituciones adscritas a los Municipios de los Cantones a los que pertenecen”.

El referido informe cita, entre otras normas los artículos 83 de la Ley Orgánica de Servicio Público que enumera los cargos excluidos de la carrera de servicio público, 15 y 20 del Reglamento de Régimen Interno y Disciplina de los Cuerpos de Bomberos del País, que clasifica al personal de esas entidades en oficiales, tropa y administrativos.

Adicionalmente cita, entre otros pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado, los contenidos en oficios Nos. 06830 de 6 de abril de 2009 y 13524 de 19 de septiembre de 2010, referidos a las normas

que regulaban la designación de los jefes cantonales de los Cuerpos de Bomberos, ambos expedidos durante la vigencia de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones de los Servidores Públicos (LOSCCA), que se revisarán más adelante.

El informe de la entidad consultante concluye que:

“De acuerdo a los criterios expresados de la Procuraduría General del Estado, en virtud de lo establecido en la Ley de Defensa contra Incendios, el título que ostenta el bombero, le confiere la categoría de profesional permanente dentro de la institución, por lo que, el cargo de jefatura o comandancia de los cuerpos de bomberos sometidos a la Ley de Defensa contra Incendios, deben ser considerados puestos de carrera, dado que responden a una actividad técnica y profesional con una estructura jerárquica propia de mando específico que no se equipara a las demás jefaturas departamentales que componen la estructura municipal de cualquier cantón, debiendo al respecto considerarse que el artículo 83 de la LOSEP no incluye taxativamente, a los cargos de jefes o comandantes de los cuerpos de bomberos dentro de los puestos excluidos de la carrera administrativa, por lo cual se puede concluir que los cargos de Jefes o Comandantes de los cuerpos de bomberos, adscritos a los municipios, no son de libre nombramiento y remoción de la autoridad nominadora”.

La Secretaria de Gestión de Riegos, en el oficio al que se ha hecho referencia en los antecedentes, no consigna criterio institucional pero cita los pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado contenidos en oficios Nos. 06830 (también invocado por la entidad consultante) y 10603 de 6 de abril y 27 de noviembre de 2009, respectivamente; y, manifiesta que:

“(…) la Procuraduría General del Estado ha emitido diversos pronunciamientos en los cuales manifiesta que el cargo de Comandante o primer Jefe de un Cuerpo de Bomberos, no es de libre nombramiento y remoción de la autoridad nominadora.

En virtud de lo expuesto, esta entidad en cumplimiento del Mandato Constitucional ha acogido dichos pronunciamientos en el desempeño de sus funciones (…)

Por su parte, la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, en el criterio institucional remitido a este Organismo expone que, la Ley de Defensa contra Incendios fue promulgada antes de la vigente Constitución de la República, cuya disposición derogatoria deja sin efecto “(…) toda norma contraria a esta Constitución”. Sobre dicha base

manifiesta: “(...) la cuestión radica, en qué hacer frente a esta situación, simplemente determinar que la ley de defensa contra incendios, guarde armonía en cuanto a los derechos prescritos en la Constitución de la República y la normativa pertinente a los servidores y servidoras públicos sin que pueda existir discriminación alguna tal cual lo dispone el Art. 11 numeral 2 de la Constitución”.

El Director Ejecutivo de la AME cita adicionalmente, la sentencia No. 028-10-SIS-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 656 de 8 de marzo de 2012, que se transcribirá más adelante, y que trata sobre la acción de incumplimiento de una resolución expedida en una acción de amparo que dispuso el reintegro del Jefe del Cuerpo de Bomberos del Cantón Milagro, removido de su cargo por la Municipalidad de ese cantón; y, sobre dicha base concluye: “Por lo expuesto, si la ordenanza municipal determina que el cargo de Primer Jefe o Comandante General del Cuerpo de Bomberos es de libre nombramiento y remoción, así se lo debe considerar y aplicar en el ejercicio de las actividades de la institución”.

El Procurador del Distrito Metropolitano de Quito, en el oficio al que antes se hizo referencia, cita el inciso tercero del artículo 140 del COOTAD según el cual la gestión de los servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendios, que son competencia de las municipalidades, “(...) se ejercerá con sujeción a la ley que regule la materia”; y, los artículos 17 y 83 de la LOSEP, que establecen las clases de nombramientos que habilitan el ejercicio de la función pública y que, enumeran los puestos excluidos del sistema de carrera del servicio público, “2.2. (...) dentro de las que no se considera al Primer Jefe o Comandante de Bomberos”.

Invoca, entre otras normas, los artículos 18 de la Ley de Defensa contra Incendios que dispone que el nombramiento del primer Jefe de los Cuerpos de Bomberos mediante terna del Consejo de Administración y Disciplina, integrada por oficiales superiores, en orden jerárquico; 16 del Reglamento a la Ley de Defensa contra Incendios que regula los grados de los oficiales bomberos a quienes corresponde ejercer Jefatura; y, 177 del Reglamento Orgánico, Operativo y de Régimen Interno y Disciplina de los Cuerpos de Bomberos del país, según el cual la separación de los Jefes de los Cuerpos de Bomberos corresponde resolver al Ministro de Bienestar Social (actualmente Secretaria de Gestión de Riesgos), por las causas descritas en el citado Reglamento.

El Procurador Metropolitano cita adicionalmente, el artículo 8 letra a) de la Ordenanza Metropolitana No. 114 que confiere al Alcalde del Distrito Metropolitano de Quito, atribución para nombrar y remover al

Comandante General del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito; y, concluye:

“(…) el Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, es una Entidad adscrita al Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, la misma que se regula por lo dispuesto en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), Ley de Defensa Contra Incendios, toda la normativa conexas; y por las Ordenanzas Metropolitanas 039 y 114.

En esa virtud, si bien el Primer Jefe o Comandante de Bomberos, solo puede ser designado de los servidores que se encuentren dentro de la carrera bomberil, el momento que asume el cargo de primera autoridad institucional, se transforma en un servidor de libre nombramiento y remoción del Alcalde Metropolitano, como lo establece el artículo 177 del Reglamento Orgánico Operativo y de Régimen Interno y Disciplina de los Cuerpos de Bomberos del País, en concordancia con lo dispuesto por el literal a) del artículo 8 de la Ordenanza Metropolitana No. 0114, que reemplaza el artículo 15 de la Ordenanza Metropolitana No. 039.

La Ley Orgánica del Servicio Público, para los servidores de carrera, prevé la posibilidad de un nombramiento provisional, mientras ejerza esas funciones, luego de lo cual puede volver a su puesto y sólo bajo ese presupuesto no perdería su carrera institucional”.

El contenido de la consulta exige considerar como antecedente que el numeral 13 del artículo 264 de la vigente Constitución de la República, confiere a los gobiernos autónomos descentralizados municipales competencia exclusiva para: “Gestionar los servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendios”. Idéntica previsión consta en la letra m) del artículo 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD). En concordancia, el inciso final del artículo 140 del citado COOTAD, dispone que:

“La gestión de los servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendios, que de acuerdo con la Constitución corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, se ejercerá con sujeción a la ley que regule la materia. Para tal efecto, los cuerpos de bomberos del país serán considerados como entidades adscritas a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, quienes funcionarán con autonomía administrativa y financiera, presupuestaria y operativa, observando la ley especial y normativas vigentes a las que estarán sujetos”.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 1670, publicado en el Registro Oficial No. 578 del 27 de abril del 2009, esto es luego de la promulgación de la

vigente Constitución de la República, se asignó a la Secretaría Técnica de Gestión de Riesgos (actual Secretaría de Gestión de Riesgos), las competencias, atribuciones, funciones, representaciones y delegaciones que la Ley de Defensa contra Incendios establece para el Ministerio de Bienestar Social, hoy Ministerio de Inclusión Económica y Social, MIES.

En armonía con lo manifestado en los párrafos precedentes, es necesario observar que mientras se desarrolla el proceso de transferencia de competencia de la gestión de los servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendios a los Gobiernos Autónomos Descentralizados existen Cuerpos de Bomberos que en la actualidad aún se encuentran adscritos a la Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos; situación que, debe ser considerada para efectuar el análisis jurídico correspondiente al objeto de su consulta.

En pronunciamiento contenido en oficio No. 03806 de 20 de septiembre de 2011, la Procuraduría General del Estado concluyó que:

“(…) sin perjuicio de las atribuciones de la Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos a la que mediante Decreto 1670 se han transferido las funciones que la Ley de Defensa contra Incendios establecía para el Ministerio de Bienestar Social, de conformidad con el numeral 13 del artículo 264 de la Constitución de la República y la letra m) del artículo 55 del COOTAD, la defensa contra incendios es competencia de las municipalidades; y, según el artículo 140 del COOTAD, es una actividad que corresponde ejecutar a los cuerpos de bomberos, como entidades adscritas de los respectivos municipios, observando ‘la ley que regula la materia’.

(…) La Ley de Defensa contra Incendios no ha sido derogada en forma expresa, sin embargo, la competencia en esa materia ya no corresponde únicamente al gobierno central (...).

En atención a los términos de su primera consulta se concluye que la Ley de Defensa contra Incendios, es la ley especial a la que en esa materia se remite el inciso tercero del artículo 140 del COOTAD”.

La designación de los Jefes de los Cuerpos de Bomberos, está regulada por el numeral 4 del artículo 2 de la Ley de Defensa contra Incendios, que prevé lo siguiente:

“Art. 2.- Corresponde al Ministro de Bienestar Social:

(...) 4. Nombrar, a petición de los jefes de zona, a los primeros jefes de los cuerpos de bomberos, de la terna enviada por el Consejo de Administración y Disciplina de la respectiva zona”.

Concordante, el artículo 18 de la citada Ley reitera:

“Art. 18.- Los primeros jefes de los cuerpos de bomberos serán nombrados por el Ministro de Bienestar Social, de la terna enviada por el respectivo Consejo de Administración y Disciplina, la que debe estar conformada por oficiales superiores, en orden jerárquico.

En los cuerpos de bomberos profesionales, únicamente el Segundo Jefe y los jefes de brigada podrán constar en la terna”.

Es decir que, según los artículos 2 numeral 4 y 18 de la Ley de Defensa contra Incendios, que es la ley especial que rige esa materia, la autoridad nominadora de los Jefes de los Cuerpos de Bomberos es el Ministro de Bienestar Social (actualmente Secretario de Gestión de Riesgos). La aplicación de estas normas respecto de los Cuerpos de Bomberos adscritos a dicho Ministerio no comporta dificultad; mientras que, respecto de aquellos Cuerpos de Bomberos adscritos a las Municipalidades, corresponde considerar que de conformidad con los artículos 57 letra a) y 322 del COOTAD, en ejercicio de su potestad normativa, los municipios tienen atribución para regular esta materia mediante Ordenanza, como así lo han hecho; se cita a manera de ejemplos que, la Municipalidad del Distrito Metropolitano de Quito, según la letra a) del artículo 15 de la Ordenanza No. 114, publicada en el Registro Oficial No. 295 de 18 de marzo de 2004, ha establecido que corresponde al Alcalde designar al Jefe del Cuerpo de Bomberos; mientras que, dicha designación compete al Concejo Cantonal en el caso de la I. Municipalidad de Guayaquil, según el artículo 8 de la Ordenanza publicada en el Registro Oficial No. 86 de 22 de agosto de 2005.

Sin embargo, es preciso considerar que los artículos 2 numeral 4 y 18 de la Ley de Defensa contra Incendios, además de referirse a la autoridad nominadora del Jefe del Cuerpo de Bomberos, establecen el procedimiento para su designación, previendo que el Consejo de Administración y Disciplina del respectivo Cuerpo de Bomberos, remita una terna integrada por oficiales superiores en orden jerárquico. Las municipalidades deben observar dicho mecanismo, por la remisión que en materia de defensa contra incendios efectúa el artículo 140 del COOTAD a la Ley especial.

Mientras que, la separación del Primer Jefe del Cuerpo de Bomberos, que da lugar a su cesación en funciones o baja, es materia reglada por los artículos 174 y 177 del Reglamento Orgánico Interno y de Disciplina del Cuerpo de Bomberos, expedido por el entonces Ministro de Bienestar Social mediante Acuerdo No. 538 publicado en el Registro

Oficial No. 169 de 20 de diciembre de 2005, que establecen las causas que ocasionan la baja de los primeros jefes, oficiales y miembros de tropa de los cuerpos de bomberos; y, que respecto de la separación del Primer Jefe, reiteran que para nombrar a su reemplazo, el Consejo de Administración enviará la terna correspondiente.

El carácter profesional de los bomberos y su organización jerárquica, se encuentran establecidos en los artículos 15 y 17 de la Ley de Defensa contra Incendios y 2 del Reglamento Orgánico Operativo y de Régimen Interno y Disciplina de los Cuerpos de Bomberos del País, expedido por Acuerdo No. 538 del entonces Ministro de Bienestar Social, publicado en el Registro Oficial No. 169 de 20 de diciembre de 2005, que en su artículo 1 dispone: “(...) tiene por objeto normar la vida orgánica operativa y disciplinaria de las instituciones bomberiles (...)”.

Los citados artículos 15 y 17 de la Ley de Defensa contra Incendios, prevén los grados de los bomberos:

“Art. 15.- Bomberos rentados son los que prestan sus servicios mediante remuneración.

El título imprime el carácter de profesional permanente al bombero rentado en cualquier función que desempeñe, y le concede el derecho de figurar en el Escalafón del respectivo cuerpo de bomberos. El Reglamento determinará los casos en que el bombero pierde este derecho”.

“Art. 17.- El grado jerárquico determina la función y el mando del personal, 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”.

Sobre la aplicación del artículo 15 de la Ley de Defensa Contra Incendios, en pronunciamiento contenido en oficio No. 06830 de 6 de abril de 2009, que ha citado la entidad consultante, concluí que:

“Si se tiene en cuenta conforme a la normativa legal citada, que el título que ostenta el bombero le confiere la categoría de profesional permanente dentro de la institución bomberil, resulta procedente concluir que las funciones de los jefes de los cuerpos de bomberos, materia de su consulta, deben ser considerados puestos de carrera dentro de esa administración.

Añádase a lo anterior, que el artículo 92 letras b) de la LOSCCA no contempla los cargos de jefes cantonales con el Grado de Mayor que motiva su consulta, como puestos excluidos de la carrera administrativa.

Con fundamento en lo expuesto, se concluye que las funciones que cumplen los jefes cantonales de los cuerpos de bomberos con el Grado de Mayor (B), no pueden ser considerados de libre nombramiento y remoción de la autoridad nominadora”.

En similar sentido, consta el pronunciamiento contenido en oficio No. 13524 de 19 de septiembre de 2010, también invocado por la entidad consultante, en el que manifesté que:

“(…) en aplicación del artículos 5 y 92, literal b) de la LOSCCA, que establecen taxativamente cuáles son los puestos excluidos de la carrera administrativa, y en razón de que la Ordenanza para la Institucionalización Autónoma del Cuerpo de Bomberos, no puede estar en contradicción de la Ley de Defensa Contra Incendios y su Reglamento, considero que el Municipio de Azogues, no tiene la facultad legal de disponer en la ordenanza correspondiente, que el cargo del Primer Jefe del Cuerpo de Bomberos de Azogues, sea de libre nombramiento y remoción”.

Adicionalmente, en pronunciamiento que consta en oficio No. 10603 de 26 de noviembre de 2009, que ha invocado la Secretaría de Riesgos, se atendió una consulta relacionada con la designación del Primer Jefe del Cuerpo de Bomberos de una Municipalidad. En dicho pronunciamiento se expuso en sus partes pertinentes lo siguiente:

“De conformidad con el artículo 175 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, los jefes departamentales, entre otros funcionarios, son de libre nombramiento y remoción y concluirán sus funciones en la misma fecha del alcalde; sin embargo, dicha norma es inaplicable al Comandante Jefe del Cuerpo de Bomberos de Cariamanga, atento el carácter eminentemente técnico de dicha entidad”.

Según se desprende de los pronunciamientos citados, éstos se expidieron durante la vigencia de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones de los Servidores Públicos (LOSCCA) y de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, posteriormente derogadas y sustituidas por la Ley Orgánica del Servicio Público LOSEP y el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), respectivamente; mientras que, la Ley de Defensa contra Incendios ha conservado su vigencia y carácter de ley especial sobre la

materia, según ha concluido este Organismo en el pronunciamiento contenido en oficio No. 03806 de 20 de septiembre de 2011, que se citó en los antecedentes.

Por otra parte, del contenido del artículo 83 de la Ley Orgánica de Servicio Público, en el cual se establecen cuáles son los servidores excluidos de la carrera del servicio público, se puede observar que en ninguno de sus literales se incluye expresamente a los Jefes de los Cuerpos de Bomberos; sin embargo, determina como servidores excluidos de la carrera del servicio público en la letra a), a los servidores que tienen a su cargo la dirección política y administrativa del Estado; en la letra b), a los que ejerzan funciones con nombramiento a período fijo por mandato legal; y, en su letra h), se refiere en forma general a servidores de libre nombramiento y remoción sin contener ninguna enumeración ejemplificativa ni taxativa.

Igualmente, el COOTAD en la letra i) del artículo 60, confiere facultades al Alcalde para “(...) nombrar y remover a los funcionarios de dirección, procurador síndico y demás servidores públicos de libre nombramiento y remoción del gobierno autónomo descentralizado municipal (...)”; mientras que en el artículo 359, dispone de manera taxativa 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 (...)”, sin incluir entre dichos funcionarios al Jefe del Cuerpo de Bomberos.

Finalmente, en la sentencia No. 028-10-SIS-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 656 de 8 de marzo de 2012, que ha invocado la AME según se refirió en los antecedentes, al aceptar la acción de incumplimiento de un amparo constitucional que dispuso el reintegro al cargo del Jefe del Cuerpo de Bomberos de la Municipalidad del Cantón Milagro, la Corte Constitucional considera que mediante Ordenanza se puede establecer que el cargo de Jefe del Cuerpo de Bomberos es de libre nombramiento y remoción, pero no se le puede dar efecto retroactivo. El fallo expuso lo siguiente:

“II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

(...) ¿Existe incumplimiento de la sentencia y por ende es procedente la acción planteada?

(...) En el caso *sub iudice*, es de notar que la sentencia se dicta dentro de un recurso de amparo, y tuvo por objeto cesar de manera inmediata las consecuencias de un acto administrativo ilegítimo, para el caso, la

destitución del cargo de Primer Jefe del Cuerpo de Bomberos de Milagro, fundamentado en el hecho de que el referido cargo es de libre nombramiento y remoción, y por lo tanto, el reintegrar a las funciones al recurrente y cancelando los haberes que hubiere dejado de percibir.

(...) Sin embargo, si bien se reintegró a las funciones a Elvis Gabriel Vicuña Quinto y se canceló los haberes como queda demostrado, la Municipalidad de Milagro al remover del cargo de Primer Jefe del Cuerpo de Bomberos de Milagro al legitimado activo el 28 de agosto del 2009, bajo las mismas consideraciones efectuadas en el año 2008, provoca una defectuosa ejecución de la resolución de la Corte Constitucional (...).

(...) Es evidente que la actuación mantenida por la I. Municipalidad de Milagro constante en la Resolución tomada el viernes 28 de agosto del 2009, por la cual se remueve del cargo de Primer Jefe del Cuerpo de Bomberos de Milagro al legitimado activo, teniendo como fundamento el legítimo acto legislativo municipal de Reforma a la Ordenanza de Autonomía y Funcionamiento del Cuerpo de Bomberos del Cantón Milagro del 17 de julio del 2009, que dispone que el cargo de Jefe del Cuerpo de Bomberos es de libre nombramiento y remoción, imposibilita el cumplimiento cabal de la decisión de la Corte Constitucional, tornándola ineficaz, pues el derecho a la estabilidad y al trabajo que garantizó el fallo de la Primera Sala de la Corte Constitucional a favor de Elvis Gabriel Vicuña Quinto, no se está cumpliendo y, por el contrario, se pretende evadir la ejecución cabal del fallo.

Es necesario establecer que si bien el acto legislativo contenido en la ordenanza municipal discutida y aprobada por el Ilustre Concejo Cantonal de Milagro, al reformar la Ordenanza de Autonomía y Funcionamiento del Cuerpo de Bomberos y establecer que el cargo de Jefe de dicha entidad es de libre nombramiento y remoción, se constituye en un acto legítimo que se encuentra dentro de las potestades de la Municipalidad, no es menos evidente que la misma no puede tener efectos retroactivos; por lo tanto, al haberse dictado la sentencia por parte de la Primera Sala de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, el 29 de abril del 2009, (con anterioridad a la ordenanza municipal) y en dicho fallo haber determinado con apego a la norma constante en el artículo 92 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, que el cargo que ostenta el legitimado activo, Elvis Gabriel Vicuña Quinto, no se constituye en uno de aquellos que la norma ha considerado como de libre nombramiento, para éste la estabilidad y el derecho al trabajo por medio del desempeño del cargo de Jefe del Cuerpo de Bomberos de Milagro se encuentran garantizados.

Es un principio jurídico doctrinario de carácter general que las normas no son retroactivas y que rigen para el futuro, sumado a la característica de la generalidad de la misma, lo que conlleva a establecer que la actividad legislativa municipal por medio de la ordenanza surte efectos a partir de su promulgación y para toda la ciudadanía de dicho cantón, sin que se pueda establecer que la legislación se la hace de manera particular, como se pretende evidenciar con este acto y la consecuencia del mismo al destituir del cargo de Jefe del Cuerpo de Bomberos al legitimado activo, evadiendo la cabal ejecución de la sentencia dictada por la Primera Sala de la Corte Constitucional para el periodo de transición (resolución No. 1410-08-RA) (...).”.

La potestad normativa de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, constituye el fundamento de derecho que motiva la sentencia de la Corte Constitucional que ha citado la AME, previamente transcrita y sobre cuya base resuelve que las municipalidades pueden establecer mediante Ordenanzas, que el cargo de Jefe del Cuerpo de Bomberos es de libre nombramiento y remoción.

La sentencia de la Corte Constitucional previamente citada, ha resuelto sobre la procedencia jurídica de que las municipalidades establezcan mediante Ordenanza que el cargo de Jefe del Cuerpo de Bomberos pueda ser calificado como de libre nombramiento y remoción.

En atención a los términos de su consulta, se evidencia que el Cargo del Primer Jefe o Comandante General del Cuerpo de Bomberos no es de libre nombramiento y remoción ya que de conformidad con las letras a), b), y h) del artículo 83 de la LOSEP y 359 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización que establecen los puestos excluidos de la carrera de servicio público no incluyen dicho cargo entre aquellos excluidos de la carrera del servicio público; así mismo la Ley de Defensa contra Incendios, su Reglamento y el Reglamento Orgánico Interno y de Disciplina de los Bomberos, tampoco establecen que se trate un cargo de libre nombramiento y remoción ni condicionan el ejercicio de sus funciones a un periodo fijo.

Sin perjuicio de lo manifestado en el párrafo anterior, según ha resuelto la Corte Constitucional en la sentencia No. 028-10-SIS-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 656 de 8 de marzo de 2012, los Gobiernos Autónomos Descentralizados que cuenten con Cuerpos de Bomberos adscritos, mediante el acto normativo correspondiente pueden prever que el cargo de Jefe del Cuerpo de Bomberos es de libre nombramiento y remoción, decisión que es de exclusiva responsabilidad del órgano legislativo de los Gobiernos Autónomos

Descentralizados; dicho acto normativo regirá desde su promulgación y no podrá ser aplicado en forma retroactiva.

Por su parte, en los casos de los Cuerpos de Bomberos que todavía se encuentran adscritos a la Secretaría de Gestión de Riesgos le correspondería al titular de la referida Institución Pública, la decisión de prever que el cargo de Jefe del Cuerpo de Bomberos sea de libre nombramiento y remoción; cuya instrumentación procedería mediante reforma al Reglamento Orgánico Interno y de Disciplina del Cuerpo de Bomberos dictado mediante Acuerdo Ministerial No. 538, publicado en el Registro Oficial No.169 de 20 de diciembre de 2005, de acuerdo a la Disposición Transitoria Segunda de la Ley de Defensa contra Incendios, reformada por la Ley No. 160 publicada en el Registro Oficial No. 984 de 22 de julio de 1992, que confirió al Ministerio de Bienestar Social (actualmente a la Secretaría de Gestión de Riesgos) la atribución para reglamentar esa ley, lo que en consecuencia lo habilita para reformar dicho cuerpo reglamentario.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas y no constituye autorización o disposición alguna respecto de la determinación del carácter de libre nombramiento y remoción del cargo del Jefe del Cuerpo de Bomberos por parte de las autoridades competentes.

MUNICIPALIDAD: AUTORIZACIÓN DE DECLARATORIA DE PROPIEDAD HORIZONTAL

OF. PGE. N°: 19995, de 16-12-2014

ENTIDAD CONSULTANTE: Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Loja

CONSULTA:

“¿Es procedente aplicar lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 424 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, cuando se solicite por parte de un administrado, modificación o reforma a un proyecto de propiedad horizontal que fue aprobado antes de la vigencia de la reforma insertada por el artículo 32 de la Ley Orgánica Reformatoria publicada en el Registro Oficial Suplemento 166 de 21 de enero del 2014?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 82.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 54 lit. c), 57 lit. w), 424, 381, 480 y 482.

Código Civil, Art. 7.

Ley de Propiedad Horizontal, Art. 19 inc. primero.

Ordenanza No. 156 (reformada por Ordenanza 433), Régimen Administrativo del Suelo en el Distrito Metropolitano de Quito.

Código Municipal de Urbanismo, Construcciones y Ornato de Loja, Ordenanza publicada R.O.S. N° 95 de 24-12-1998, Art. 32.

PRONUNCIAMIENTO:

A fin de contar con mayores elementos para atender el tema materia de consulta, con oficio No. 19564 de 17 de noviembre de 2014, este Organismo solicitó el criterio institucional del Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (AME).

Con oficio No. 861-DE-2014 de 24 de noviembre de 2014, recibido el 25 de noviembre del presente año, el Director Ejecutivo de la AME ha atendido nuestro requerimiento.

El criterio del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, contenido en oficio No. 1669-PSM-2014 de 27 de octubre de 2014, refiere como antecedente la reforma introducida al artículo 424 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), mediante Ley Orgánica publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 166 de 21 de enero de 2014, cuyo cuarto inciso prescribe que: “Los proyectos habitacionales realizados en función de la Ley de Propiedad Horizontal deberán aplicar los porcentajes de áreas verdes y comunales indicados en este artículo”.

El referido informe cita entre otras normas, los artículos 82 de la Constitución de la República que establece el derecho a la seguridad jurídica; 7 del Código Civil que consagra el principio de irretroactividad de la ley y 19 de la Ley de Propiedad Horizontal que confiere a las municipalidades atribución para determinar los requisitos y aprobar los planos a que deben sujetarse las edificaciones sujetas a ese régimen. Sobre dicha base normativa, argumenta el Procurador Síndico y concluye que:

“(…) antes del 21 de enero 2014, fecha en la que entra en vigencia la reforma del artículo 424 del COOTAD, ya existen aprobados por primera vez un sinnúmero de proyectos de propiedad horizontal; evidentemente sin haberse aplicado porcentajes de áreas verdes porque no existía norma que lo obligue.

(...) En aquellos proyectos realizados en función de la Ley de Propiedad Horizontal, aprobados por primera vez antes del 21 de enero del 2014, sobre los que se solicite una modificación o reforma siempre que esta no altere el número de pisos o el de soluciones habitacionales, NO procede la aplicación del inciso cuarto del artículo 424 del COOTAD. Y, sí procede la aplicación de la norma cuando la reforma del proyecto tenga por objeto incrementar el número de pisos o el de soluciones habitacionales, en este último caso tomando como base para su cálculo las áreas de construcción que se pretende ampliar”.

Por su parte, el Director Ejecutivo de la AME se refiere a la competencia normativa de las municipalidades para reglar mediante ordenanza, los parámetros y normas técnicas para las construcciones sujetas al régimen de propiedad horizontal. Invoca adicionalmente el artículo 480 del COOTAD, cuyo texto se transcribirá más adelante y que prohíbe revocar las autorizaciones que confiere el gobierno cantonal y manifiesta:

“La disposición en ciernes contiene dos elementos esenciales, a saber: a) no se pueden revocar o modificar las autorizaciones concedidas, si las obras se han iniciado; y, b) se pueden modificar las autorizaciones concedidas con el consentimiento de los promotores o ejecutores”.

El Director Ejecutivo de la AME, agrega y concluye que:

“Para los efectos de la consulta, se infiere que, el Municipio aprobó el proyecto de propiedad horizontal sobre la base de su Plan de Ordenamiento Territorial Vigente a la fecha y de la ordenanza respectiva, esto en cumplimiento al derecho a la seguridad jurídica prescrito en el Art. 82 de la Constitución de la República”.

“(…) para resolver la petición del administrado, que en este caso sería el promotor o ejecutor de la obra; para viabilizar el pedido se requiere modificar el PDOT y la ordenanza respectiva a fin de adecuar las últimas reformas al COOTAD - 21 de enero de 2014 - a los instrumentos jurídicos referidos.

En conclusión, si la petición hace directa relación a la reforma o modificación de la autorización concedida por el Municipio, puede actuar conforme a los términos que dejamos expuestos.

En lo atinente a las áreas verdes técnicamente se viene utilizando los parámetros de la Organización Mundial de la Salud, esto es, nueve metros cuadrados por persona, en función de la densidad territorial y poblacional del proyecto, lo que debe tomarse en cuenta para la reformulación del proyecto”.

El primer inciso del artículo 19 de la Ley de Propiedad Horizontal, cuya Codificación está publicada en el Registro Oficial No. 119 de 6 de octubre de 2005, prevé que: “Art. 19.- Corresponde a las municipalidades determinar los requisitos y aprobar los planos a que deben sujetarse las edificaciones a las cuales se refiere esta Ley”.

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

Concordante, la letra w) del artículo 57 del citado Código Orgánico, confiere al concejo municipal atribución 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”.

Respecto de la contribución de áreas verdes y comunales en beneficio de las municipalidades, provenientes de la división de lotes, el artículo 424 del COOTAD, inicialmente disponía lo siguiente:

“Art. 424.- Porcentaje del área verde fraccionada. En toda urbanización y fraccionamiento del suelo, se entregará a la municipalidad, mínimo el diez por ciento y máximo el veinte por ciento calculado del área útil del terreno urbanizado o fraccionado, en calidad de áreas verdes y comunales. Tales bienes de dominio y uso públicos no podrán ser cambiados de categoría. Dentro del rango establecido, no se considerarán a los bordes de quebrada y sus áreas de protección, riberas de los ríos y áreas de protección, zonas de riesgo, playas y áreas de protección ecológica.

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

Luego de la reforma introducida por Ley Orgánica publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 166 de 21 de enero de 2014, el vigente texto del artículo 424 del COOTAD, tiene el siguiente tenor:

“Art. 424.- Porcentaje de área verde, comunal y vías.- En la división de suelo para fraccionamiento y urbanización, a criterio técnico de la municipalidad se entregará por una sola vez como mínimo el quince por ciento (15%) y máximo el veinticinco por ciento (25%) calculado del área útil del terreno en calidad de áreas verdes y comunales, de acuerdo con el Plan de Ordenamiento Territorial, destinando exclusivamente para áreas verdes al menos el cincuenta por ciento de la superficie entregada.

Se exceptúa la entrega de áreas verdes y comunales si la superficie de terreno a dividirse no supera los mil metros cuadrados, en este caso el porcentaje se compensará con el pago en dinero según el avalúo catastral; con estos recursos la municipalidad deberá crear un fondo para la adquisición de áreas verdes, comunales y/o de obras para su mejoramiento. La entrega de la sumatoria de áreas verdes, comunales y de vías no deberá exceder del treinta y cinco por ciento (35%) de la propiedad.

En las áreas consolidadas, los bienes de dominio y uso público destinados a áreas verdes y comunales, podrán ser cambiados de categoría exclusivamente a favor de instituciones públicas para consolidar equipamientos tales como seguridad, educación y salud de conformidad con los casos y porcentajes, que establezca en su normativa el Gobierno Autónomo Descentralizado. La institución pública beneficiaria tendrá la obligación de compensar el equivalente al valor del bien que recibe.

Los proyectos habitacionales realizados en función de la Ley de Propiedad Horizontal deberán aplicar los porcentajes de áreas verdes y comunales indicados en este artículo”.

Según se desprende de los textos transcritos, antes de la reforma el artículo 424 del COOTAD preveía que para toda división de suelo, para urbanización o fraccionamiento, se debía entregar a la municipalidad un porcentaje (del 10% al 20%) “del área útil del terreno” en calidad de área verde y admitía que dicha contribución se compense en dinero, en función del lote mínimo vigente según la respectiva planificación territorial.

A partir de la reforma introducida en enero del año 2014, el artículo 424 del COOTAD establece que para toda división de suelo que se fraccione o urbanice, se debe entregar a la municipalidad un porcentaje (del 15% al 25%) “del área útil del terreno” en calidad de áreas verdes; y, extiende dicha obligación a los proyectos habitacionales que se realicen en función de la Ley de Propiedad Horizontal; y, el segundo inciso de esa norma establece un solo caso de excepción en que se

permite compensar en dinero la contribución de área verde, cuando la superficie del lote en que se ejecute el respectivo proyecto sea menor a mil metros cuadrados.

En pronunciamiento contenido en oficio No. 13678 de 27 de junio de 2013, manifesté que: “(...) según el tenor del artículo 424 del COOTAD, la contribución de área verde consiste en un porcentaje del lote, sin que al efecto se deba considerar si en él existen o no edificaciones”, criterio que no se modifica en virtud de que, como se ha analizado en los antecedentes, luego de su reforma el artículo 424 del COOTAD, conserva la base de cálculo de la contribución para áreas verdes, atendiendo al “área útil del terreno”, esto es a la superficie del lote.

La referida reforma impone a las Municipalidades, adecuar al nuevo texto legal sus ordenanzas de construcciones que expidan de acuerdo con la letra w) del artículo 57 del COOTAD.

El artículo 480 del COOTAD, que ha citado la AME, está ubicado en el Capítulo II que trata sobre “Fraccionamiento de Suelos y Reestructuración de Lotes”, Sección Primera “Fraccionamientos Urbanos y Agrícolas”, dispone:

“Art. 480.- Irrevocabilidad de las autorizaciones.- Excepto en caso de emergencia declarada, el gobierno cantonal o distrital, 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 éstos 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”.

Según la norma transcrita, una vez que se inicien las obras objeto de la autorización otorgada por la municipalidad, esos gobiernos autónomos están impedidos de revocar la autorización sin contar con el consentimiento de los promotores o ejecutores. Una revocatoria que efectúe la municipalidad contraviniendo la referida prohibición, da lugar al pago de daños y perjuicios. Esta previsión constituye la regla general.

El artículo agregado a continuación del artículo 381 del COOTAD, por el artículo 26 de la Ley Orgánica reformativa de ese Código, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 166 de 21 de enero de 2014, establece la caducidad de las autorizaciones que otorgan las municipalidades, en los siguientes términos:

“Art. 381.1.- Caducidad.- Los actos administrativos emanados de los órganos competentes en los que se autoricen actos judiciales o venta de inmuebles, donaciones, permutas, divisiones, reestructuraciones de lotes y comodatos que no se formalizan o se ejecutan por cualquier causa en el plazo de tres años, caducarán en forma automática”.

La norma transcrita, contenida en el artículo agregado a continuación del artículo 381 del COOTAD, se refiere en forma general, a las autorizaciones que se confieren para efectuar divisiones y reestructuraciones de lotes, materia que se regula en el Capítulo II “Fraccionamiento de Suelos y Reestructuración de Lotes” del COOTAD (artículos 470 y siguientes), en el que también se ubica el artículo 480 de ese Código, que antes se citó y que trata sobre la irrevocabilidad de las autorizaciones concedidas en el contexto de dicho capítulo, esto es para dividir, reestructurar o edificar. En consecuencia, el artículo agregado a continuación de artículo 381 del COOTAD que regula la caducidad de las autorizaciones, es aplicable a todas aquellas que confieren las municipalidades en las materias regladas por el Capítulo II de ese Código.

Las Ordenanzas de construcciones que las municipalidades expiden de conformidad con la letra w) del artículo 57 del COOTAD, establecen plazos de vigencia y caducidad de las autorizaciones o licencias. Dichas autorizaciones se confieren una vez que los interesados han cumplido con todos los requisitos técnicos establecidos en las ordenanzas.

Así por ejemplo, la Ordenanza No. 156 (reformada por Ordenanza 433) que establece el Régimen Administrativo del Suelo en el Distrito Metropolitano de Quito, con respecto a la licencia metropolitana urbanística de edificación, establece que “(...) se otorgará por un plazo determinado, tanto para iniciar como para terminar las obras”, plazo que es de 3 años para iniciar intervenciones constructivas mayores, contados a partir de la fecha de expedición de la licencia (letra a) del artículo 69); dicha licencia caduca y por tanto se extingue si su titular no ha iniciado la intervención constructiva dentro del plazo autorizado (letra a) del numeral 1 del artículo 71.

Mientras que, según el artículo 32 del Código Municipal de Urbanismo, Construcciones y Ornato de Loja, expedido mediante Ordenanza publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 95 de 24 de diciembre de 1998, “(...) el propietario estará obligado a iniciar los trabajos dentro de los seis meses subsiguientes, desde la fecha en que fue expedida la autorización, caso contrario ésta caducará y el interesado deberá pedir la actualización correspondiente”.

Del análisis que precede se desprende que, de acuerdo con el artículo 480 del COOTAD, las autorizaciones que confieren las municipalidades para edificar proyectos sujetos a la Ley de Propiedad Horizontal, son irrevocables desde que se inician las obras y por tanto no pueden ser modificadas sin contar con el consentimiento de los promotores o ejecutores; y que, de conformidad con el artículo agregado a continuación del artículo 381 del COOTAD, dichas autorizaciones caducan automáticamente en el caso de que no se hubiesen ejecutado, vencido el plazo de tres años contados desde la fecha en que fueron otorgadas.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, el inciso cuarto del artículo 424 reformado del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que obliga a efectuar la contribución de áreas verdes y comunales, de un porcentaje del área útil (superficie) del terreno en que se ejecute un proyecto sujeto a la Ley de Propiedad Horizontal, (excepto cuando la superficie del terreno sea menor a mil metros de acuerdo con el segundo inciso de esa norma), es aplicable a partir de su promulgación en el Suplemento del Registro Oficial No. 166 de 21 de enero de 2014. En consecuencia, la norma reformada rige para las autorizaciones que otorgan las Municipalidades a los proyectos sujetos a la Ley de Propiedad Horizontal, que por primera vez a partir de dicha reforma soliciten autorización municipal, así como a aquellos respecto de los cuales, al tiempo de promulgación de la reforma y posteriormente, se hubiere configurado la caducidad de la autorización inicial, independientemente de que aumenten o no las soluciones habitacionales.

Lo expuesto, sin perjuicio de la obligación de las municipalidades de adecuar sus ordenanzas al nuevo texto legal.

MUNICIPALIDADES: COMPETENCIAS PARA INVERTIR EN ESTUDIOS U OBRAS DE INFRAESTRUCTURA DEPORTIVA -PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS-

OF. PGE. N°: 18751, de 09-09-2014

ENTIDAD CONSULTANTE: Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón San Pedro de Pelileo

CONSULTAS:

1.- “¿Puede el Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón San Pedro de Pelileo siendo una competencia exclusiva de los gobiernos autónomos descentralizados la de: Prestar los servicios públicos de

agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, actividades de saneamiento ambiental y aquellos que establezca la ley’; de acuerdo al Art. 55, literal d) del COOTAD, invertir en estudios u obras de agua potable o alcantarillado en parroquias urbanas y rurales donde estos servicios son administrados por las Juntas Administradoras de Agua Potable con personería jurídica? O a su vez, ¿se puede invertir recursos económicos bajo la suscripción de un convenio en el cual la Junta Administradora de Agua Potable o la Comunidad, aporten con su contraparte?”.

2.- “El literal g) del Art. 55 del COOTAD manifiesta como competencia exclusiva del gobierno autónomo descentralizado municipal la siguiente: ‘Planificar, construir y mantener la infraestructura física y los equipamientos de salud y educación, así como los espacios públicos destinados al desarrollo social, cultural y deportivo, de acuerdo con la ley’. Además, siendo una de las funciones del GAD Municipal contemplada en el Art. 54, literal q), la de: ‘Promover y patrocinar las culturas, las artes, las actividades deportivas y recreativas en beneficio de la colectividad del cantón’. Por lo tanto, ¿puede el GADM-PELILEO invertir en estudios u obras de infraestructura deportiva? O a su vez ¿lo puede hacer bajo la suscripción de un convenio con el Ministerio del Deporte?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 66, 226, 260, 264 núms. 4 y 7, 318 y 381 inc. Segundo.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, Arts. 20, 54 lit. q), 55 lits. d) y g), 115, 116 inc. primero y final, 126, 137 inc. Séptimo; y, Disp. Trans. Quinta y Décima Primera.

Ley Constitutiva de las Juntas Administradoras de Agua Potable y Alcantarillado, Arts. 1, 4 y 9 (derogada).

Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, Arts. 14, 17, 43 y 44.

Ley del Deporte, Educación Física y Recreación, Arts. 13, 14 lit. k), 93, 94, 102 y 133.

PRONUNCIAMIENTOS:

1.- El Procurador Síndico de la municipalidad consultante, cita los artículos 264 numeral 4 de la Constitución de la República y 55 letra d) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), que confieren a los gobiernos autónomos descentralizados municipales competencia exclusiva para prestar los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas

residuales, manejo de desechos sólidos, actividades de saneamiento ambiental, entre otras.

Invoca adicionalmente la Ley Constitutiva de las Juntas Administradoras de Agua Potable y Alcantarillado, que como se verá más adelante fue recientemente derogada, cuyo artículo 1 autorizaba a esas entidades a implementar infraestructura sanitaria en comunidades rurales. Sobre dicha base concluye:

“Con los argumentos Constitucionales y legales señalados, como una cooperación de servicios públicos de agua potable y alcantarillado, toda vez que, por la deficiencia de agua potable para el cantón no se ha podido atender con este requerimiento básico a las diferentes parroquias rurales; considero que, el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón San Pedro de Pelileo, puede invertir recursos municipales para realizar estudios u obras de agua potable y alcantarillado, a través de un convenio que se suscriba con las Juntas Administradoras de Agua Potable y Alcantarillado, de las parroquias rurales pertenecientes al cantón San Pedro Pelileo, considerando que de acuerdo a la Ley Constitutiva de las Juntas Administradoras de Agua Potable y Alcantarillado, las Juntas Administradoras en cumplimiento de la Ley son constituidas como entidades de derecho público, que prestan servicios de agua potable y alcantarillado”.

El Subsecretario de Agua Potable y Saneamiento de la Secretaría del Agua, también se refiere a la competencia exclusiva que en materia de servicios públicos de agua potable confiere a las municipalidades el artículo 264 numeral 4 de la Constitución; y, cita el artículo 318 de la Norma Suprema que, para la gestión del agua y la prestación de servicios públicos, prevé alianzas entre lo público y comunitario; y, concluye:

“(…) considero que los Gobiernos Autónomos Descentralizados deben atender Constitucionalmente y por el COOTAD en la dotación de bienes y servicios que coadyuve al desarrollo humano que permita alcanzar el verdadero Sumak Kawsay, Buen Vivir; en trabajo concurrente con otras instituciones del Estado entre ellas GAD’s Parroquiales, otros prestadores de servicios y gestores comunitarios”.

Por su parte, el Director Ejecutivo de la AME, además de las disposiciones sobre la competencia exclusiva de las municipalidades para prestar los servicios públicos de agua potable, contenidas en los artículos 264 numeral 4 de la Constitución de la República y 55 literal d) del COOTAD, cita el artículo 4 de la Ley de las Juntas Administradoras de Agua Potable y Alcantarillado, recientemente

derogada, que preveía que en el cantón en que funcionen empresas municipales de agua potable que cubran dichos servicios, no podrán constituirse dichas Juntas. Concluye el criterio institucional de la AME que:

“Los Gobiernos Municipales no podrían invertir recursos económicos en la gestión del agua potable que está a cargo de las Juntas Administradoras de Agua Potable, en caso contrario debería establecerse la forma y manera de retornar el dinero invertido; sin embargo podrían establecerse alianzas tal como establece el Art. 137 inciso séptimo del COOTAD (...).

(...) Con la aprobación de la nueva Ley Orgánica de Recursos Hídricos, se corre el riesgo que; al derogarse la Ley de Juntas Administradoras de Agua, éstas desaparezcan institucionalmente, y que el convenio suscrito no cubra las expectativas esperadas. Además, en la transitoria de la nueva ley señala que: la Autoridad Única del Agua, en un plazo de dos años a partir de la vigencia de esta ley, realice el inventario y evalúe a las Juntas Administradoras de Agua una vez constituidas, información que servirá para el fortalecimiento mediante las alianzas público-comunitarias”.

Entre los derechos que el Estado reconoce y garantiza a las personas en el artículo 66 de la Constitución de la República, consta el acceso al agua potable, en los siguientes términos:

“Art. 66.- Se reconoce y garantizará 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”.

Respecto de la gestión del agua y de la prestación del servicio público de agua potable, el artículo 318 de la Constitución de la República prevé lo siguiente:

“Art. 318.- El agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado, y constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos. Se prohíbe toda forma de privatización del agua.

La gestión del agua será exclusivamente pública o comunitaria. El servicio público de saneamiento, el abastecimiento de agua potable y el riego serán prestados únicamente por personas jurídicas estatales o comunitarias.

El Estado fortalecerá la gestión y funcionamiento de las iniciativas comunitarias en torno a la gestión del agua y la prestación de los servicios públicos, mediante el incentivo de alianzas entre lo público y comunitario para la prestación de servicios.

El Estado, a través de la autoridad única del agua, será el responsable directo de la planificación y gestión de los recursos hídricos que se destinarán a consumo humano, riego que garantice la soberanía alimentaria, caudal ecológico y actividades productivas, en este orden de prelación. Se requerirá autorización del Estado para el aprovechamiento del agua con fines productivos por parte de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria, de acuerdo con la ley”.

Por su parte, la prestación de los servicios públicos de agua potable y alcantarillado es competencia exclusiva de las municipalidades, según el numeral 4 del artículo 264 de la Constitución de la República; dicha norma prescribe:

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

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

Concordante, la letra d) del artículo 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, prevé:

“Art. 55.- Competencias exclusivas del gobierno autónomo descentralizado municipal.- Los gobiernos autónomos descentralizados municipales tendrán las siguientes competencias exclusivas sin perjuicio de otras que determine la ley;

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

En materia de planificación cantonal, la letra a) del mismo artículo asigna a las municipalidades competencia 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”.

De acuerdo con el artículo 20 del COOTAD, “Cantones.- Los cantones son circunscripciones territoriales conformadas por parroquias rurales y la cabecera cantonal con sus parroquias urbanas, señaladas en su respectiva ley de creación, y, por las que se crearen con posterioridad, de conformidad con la presente ley”.

Por su parte, la Ley de Juntas Administradoras de Agua Potable y Alcantarillado, que cita el informe de la AME, publicada en el Registro Oficial No. 802 de 29 de marzo de 1979, fue derogada en forma expresa por la Disposición Derogatoria Quinta de la recientemente promulgada Ley Orgánica de Recursos Hídricos Usos y Aprovechamiento del Agua, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 305 de 6 de agosto de 2014; no obstante, la revisión de dichas normas resulta pertinente para atender la consulta, considerando adicionalmente que, como se verá más adelante, la nueva Ley conserva el carácter público de las Juntas Administradoras de Agua Potable.

De acuerdo con los artículos 1 y 4 de la derogada Ley de Juntas Administradoras de Agua Potable, esas Juntas tenían el carácter de entidades de derecho público; se organizaban en las comunidades rurales; y, no podían crearse en aquellos cantones en los que la respectiva empresa municipal de agua potable prestara los servicios de agua potable y alcantarillado. Dichas normas tenían el siguiente tenor:

“Art. 1.- Autorízase al Ministerio de Salud Pública para que por medio del Instituto Ecuatoriano de Obras Sanitarias, (IEOS), organice y constituya las Juntas Administrativas de Agua Potable y Alcantarillado en las comunidades rurales, donde se implementen estos servicios de infraestructura sanitaria, las mismas que serán entidades de derecho público con la suficiente y necesaria autonomía para las funciones a ellas encargadas”.

“Art. 4.- En el cantón donde se halle funcionando la respectiva Empresa Municipal de Agua Potable y ésta cubra los servicios que por ley le corresponde en toda su jurisdicción, no podrá constituirse Juntas Administradoras de Agua Potable, organizadas por el IEOS”.

El Instituto Ecuatoriano de Obras Sanitarias al que se refería la citada Ley de Juntas Administradoras de Agua Potable y Alcantarillado, según el artículo 2 del Decreto Ejecutivo No. 1218, publicado en el Registro Oficial No. 317 de 16 de Noviembre de 1993, es en la actualidad una dependencia del MIDUVI.

De acuerdo con el artículo 9 de esa Ley, las Juntas tenían entre otros, los siguientes deberes y atribuciones: “1) Firmar convenios para la construcción, reparación, administración y mantenimiento del abastecimiento de Agua Potable. 2) Adquirir y aportar los materiales que según se fije en el convenio proporcionará la comunidad para la construcción o reparación del sistema de Agua Potable, así como aquellos necesarios para la operación y mantenimiento del mismo (...)”.

El artículo 43 de la vigente Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, prevé con respecto a las Juntas Administradoras de Agua Potable, lo siguiente:

“Artículo 43.- Definición de juntas administradoras de agua potable. Las juntas administradoras de agua potable son organizaciones comunitarias, sin fines de lucro, que tienen la finalidad de prestar el servicio público de agua potable. Su accionar se fundamenta en criterios de eficiencia económica, sostenibilidad del recurso hídrico, calidad en la prestación de los servicios y equidad en el reparto del agua.

Los requisitos y el procedimiento para la creación de nuevas juntas administradoras de agua potable se desarrollarán reglamentariamente por la Autoridad Única del Agua.

En el cantón donde el gobierno autónomo descentralizado municipal preste el servicio de manera directa o a través de una empresa pública de agua potable y esta cubra los servicios que por ley le corresponden, en toda su jurisdicción, no podrán constituirse juntas administradoras de agua potable y saneamiento.

Las juntas administradoras de agua potable y saneamiento, formarán parte del consejo de cuenca a través de sus representantes sectoriales, según lo establezca el Reglamento de la presente Ley”.

Según el artículo 44 de la citada Ley Orgánica, son atribuciones de las juntas administradoras de agua potable, entre otras, las siguientes:

“(...) 2. Rehabilitar, operar y mantener la infraestructura para la prestación de los servicios de agua potable;

3. Gestionar con los diferentes niveles de gobierno o de manera directa, la construcción y financiamiento de nueva infraestructura. Para el efecto deberá contar con la respectiva viabilidad técnica emitida por la Autoridad Única del Agua. (...)”.

De acuerdo con la Disposición Transitoria Décima Primera de la citada Ley, que según se refirió en los antecedentes, ha invocado la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, “La Autoridad Única del Agua, en un plazo de hasta dos años contados a partir de la publicación de la presente Ley, realizará un inventario de las juntas administradoras de agua potable y alcantarillado y juntas de riego para evaluar su funcionamiento técnico y financiero y el cumplimiento de los servicios prestados a sus miembros. Dicha información servirá para el fortalecimiento de las juntas de agua potable y riego y de los servicios que prestan, mediante las alianzas público-comunitarias”.

La Disposición Transitoria Quinta de la misma Ley impone a las municipalidades, como gobiernos autónomos descentralizados competentes en materia de provisión de agua y saneamiento, el deber de planificar, implementar y construir los sistemas de alcantarillado e infraestructura para el tratamiento de aguas; y al efecto, prescribe que esas entidades coordinen con la Autoridad Única del Agua, una programación de obras y el respectivo financiamiento. El tenor de la Disposición es el siguiente:

“QUINTA.- Los Gobiernos Autónomos Descentralizados competentes, en materia de provisión de agua y saneamiento, implementarán sistemas adecuados para el abastecimiento de agua potable, de modo que, en el plazo previsto en el Plan Nacional de Desarrollo del Buen Vivir y en la estrategia de erradicación de la pobreza y la desigualdad, quede plenamente garantizado el acceso total de la población al agua potable. Del mismo modo, procederán de acuerdo con las metas, objetivos y plazos previstos en el plan nacional de desarrollo y el plan nacional de recursos hídricos a la planificación, implementación y construcción de los sistemas de alcantarillado y de la infraestructura para tratamiento de aguas residuales y desechos urbanos, de modo que se cubran las necesidades de saneamiento de la población y se trate la totalidad de las aguas servidas.

Los Gobiernos Autónomos Descentralizados establecerán en coordinación con la Autoridad Única del Agua una programación de obras y el financiamiento respectivo”.

De lo hasta aquí analizado se desprende que, de conformidad con los artículos 264 numeral 4 de la Constitución de la República y 55 letra d) del COOTAD, la prestación de los servicios públicos de agua potable y alcantarillado es competencia exclusiva de las municipalidades; que de acuerdo con el artículo 20 del citado Código Orgánico, los cantones se componen de zonas urbanas y rurales; y, que según el artículo 43 de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, en áreas del cantón en las que la municipalidad no preste dichos

servicios públicos en forma directa o a través de sus empresas públicas, podrán constituirse Juntas Administradoras de Agua Potable con la finalidad de prestar el servicio público de agua potable.

En tal contexto, de acuerdo con el artículo 44 de la citada Ley Orgánica, las Juntas Administradoras de Agua Potable tienen atribución para operar y mantener la infraestructura para la prestación de los servicios de agua potable; y, al efecto, el numeral 3 del mismo artículo prevé que la construcción y financiamiento de nueva infraestructura para la prestación de dichos servicios, deberá contar con la viabilidad técnica emitida por la Autoridad Única del Agua.

Sobre la Autoridad Única del Agua el artículo 17 de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, prevé:

“Art. 17.- La Autoridad Única del Agua. Es la entidad que dirige el sistema nacional estratégico del agua, es persona jurídica de derecho público. Su titular será designado por la Presidenta o el Presidente de la República y tendrá rango de ministra o ministro de Estado.

Es responsable de la rectoría, planificación y gestión de los recursos hídricos. Su gestión será desconcentrada en el territorio”.

La obligación de las entidades públicas de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines, consta establecida en el artículo 226 de la Norma Suprema, con el siguiente tenor:

“Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”.

Respecto del ejercicio de competencias, el artículo 260 de la Constitución de la República dispone:

“Art. 260.- 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”.

Adicionalmente, cabe considerar que los artículos 115 incisos primero y final y 126 del COOTAD prevén la gestión concurrente para la prestación de servicios públicos. Dichas normas disponen:

“Art. 116.- Facultades.- Las facultades son atribuciones para el ejercicio de una competencia por parte de un nivel de gobierno. Son facultades la rectoría, la planificación, la regulación, el control y la gestión, y son establecidas por la Constitución o la ley. Su ejercicio, a excepción de la rectoría, puede ser concurrente.

(...) La gestión es la capacidad para ejecutar, proveer, prestar, administrar y financiar servicios públicos. Puede ejercerse concurrentemente entre varios niveles de gobierno, dentro del ámbito de competencias y circunscripción territorial correspondiente, según el modelo de gestión de cada sector”.

“Art. 126.- Gestión concurrente de competencias exclusivas.- El ejercicio de las competencias exclusivas establecidas en la Constitución para cada nivel de gobierno, no excluirá el ejercicio concurrente de la gestión en la prestación de servicios públicos. En este marco, salvo el caso de los sectores privativos, los gobiernos autónomos descentralizados podrán ejercer la gestión concurrente de competencias exclusivas de otro nivel, conforme el modelo de gestión de cada sector al cual pertenezca la competencia y con autorización expresa del titular de la misma a través de un convenio”.

Del análisis que precede se desprende que, de conformidad con la letra d) del artículo 55 del COOTAD, los servicios de agua potable y alcantarillado son competencia exclusiva de las municipalidades; sin embargo, según los artículos 43 y 44 de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, las Juntas Administradoras de Agua Potable también tienen la finalidad de prestar el servicio público de agua potable y para ello gozan de atribución para gestionar con los diferentes niveles de gobierno la construcción y financiamiento de nueva infraestructura; al efecto la Disposición Transitoria Quinta de esa Ley prevé que para la construcción de los sistemas de alcantarillado e infraestructura para tratamiento de aguas, los Gobiernos Autónomos Descentralizados competentes (las municipalidades) deben coordinar con la Autoridad Única del Agua, la programación de obras y el financiamiento respectivo.

Considerando que de acuerdo con el artículo 126 del COOTAD, el ejercicio de las competencias exclusivas de un nivel de gobierno no excluye el ejercicio concurrente de la gestión en la prestación de servicios públicos, en atención a los términos de su consulta se concluye que, en los casos en que en la respectiva circunscripción cantonal ya existan Juntas Administradoras de Agua Potable, las municipalidades pueden invertir en el financiamiento para la gestión de

los servicios públicos de agua potable y alcantarillado, de forma concurrente con dichas Juntas.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia de las normas sobre cuya aplicación trata la consulta; la conveniencia de invertir recursos públicos para efectuar estudios y la construcción de nueva infraestructura para la prestación de los servicios públicos de agua potable y alcantarillado, es de exclusiva responsabilidad de los personeros de las Municipalidades.

La procedencia de suscribir convenios entre las Municipalidades y las Juntas Administradoras de Agua Potable, es una decisión que compete resolver a los personeros de dichas entidades.

2.- El informe del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, cita entre otras normas, el artículo 102 de la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación que prevé que tanto el Ministerio Sectorial como los gobiernos autónomos descentralizados, son responsables de promover, apoyar y proveer los recursos económicos e instalaciones deportivas para el desarrollo de los deportes ancestrales y juegos tradicionales; el artículo 55 letra g) del COOTAD, que confiere a los gobiernos autónomos descentralizados competencia exclusiva 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; así como, el artículo 54 letra q) del mismo Código que asigna a las municipalidades atribución para promover, entre otras actividades, las de carácter deportivo. Sobre dicha base, concluye:

“Mientras el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón San Pedro de Pelileo, realice los trámites correspondientes que determina la Constitución de la República del Ecuador, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; y, demás normas legales vigentes, para asumir las competencias, considero que se puede invertir con recursos municipales para realizar estudios u obras de infraestructura deportiva, previo la suscripción de un convenio con el Ministerio del Deporte, con el objeto de ejecutar acciones conjuntas encaminadas a la realización de actividades deportivas y recreativas”.

La Coordinadora General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Deporte, cita el numeral 7 del artículo 264 de la Constitución de la República, que confiere a las municipalidades competencia exclusiva para planificar y construir espacios públicos destinados entre otros fines al desarrollo deportivo; así como la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación, cuyos artículos 13 y 14 letra k) confieren al

Ministerio Sectorial el carácter de órgano rector en esas materias y atribución para coordinar las obras de infraestructura pública para el deporte; y, el artículo 93 *Ibidem*, según el cual los programas de construcción y mantenimiento de infraestructura recreativa se ejecutarán de manera descentralizada. Sobre dicha base normativa, concluye:

“(…) es criterio de esta Dirección de Asesoría Jurídica, que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón San Pedro de Pelileo, se encuentra legalmente facultado para invertir en estudios y obras de infraestructura deportiva dentro de su jurisdicción, ya que conforme a la normativa invocada, tiene como atribuciones y competencias las de planificar, construir y mantener la infraestructura física destinada entre otros al desarrollo deportivo dentro de su cantón, el cual de conformidad con lo dispuesto en la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación, puede ser ejecutada de manera descentralizada y coordinada conforme a las políticas que establezca el Ministerio del Deporte.

Respecto a la suscripción de un convenio interinstitucional, éste debe celebrarse de manera obligatoria, en el caso concreto de que el trabajo coordinado entre el Ministerio del Deporte y el GAD, implique el egreso de recursos económicos de una o de las instituciones públicas. La suscripción del convenio permitiría determinar con claridad las obligaciones de cada uno de los intervinientes así como el alcance de cada una de ellas.

Finalmente agrego que el Ministerio del Deporte, manifiesta su total disposición de brindar su contingente humano técnico, en el desarrollo de los proyectos relacionados con obras de infraestructura que pretende realizar el GAD, sin que para ello medie la necesidad de suscribir un convenio interinstitucional, pues es intención de esta Cartera de Estado favorecer el uso óptimo y eficiente de los recursos provenientes del presupuesto estatal”.

La Asociación de Municipalidades Ecuatorianas cita los artículos 93 y 94 de la Ley de Deporte, Recreación y Educación Física, que establecen las atribuciones de las municipalidades para construcción y mantenimiento de infraestructura recreativa y el fomento del deporte; y concluye:

“En lo atinente a las obras de infraestructura el Art. 381 inciso segundo de la Constitución de la República establece que: ‘(…) *El Estado garantizará los recursos y la infraestructura necesaria para estas actividades. Los recursos se sujetarán al control estatal, rendición de cuentas y deberán distribuirse de forma equitativa*’.

Al efecto debe considerarse que el Art. 264 numeral 4 de la Constitución de la República prevé como competencia exclusiva el dotar de espacios públicos destinados al ámbito deportivo lo cual debe estar previsto en el Plan de Desarrollo y Ordenamiento Territorial –PDOT-, en este sentido valdría efectuar el convenio con el Ministerio del Deporte”.

El artículo 381 de la Constitución de la República, establece que el Estado promoverá el deporte como actividad que contribuye a la salud, formación y desarrollo integral de las personas; y, respecto de la infraestructura deportiva, el inciso final de la misma norma prevé que:

“(…) El Estado garantizará los recursos y la infraestructura necesaria para estas actividades. Los recursos se sujetarán al control estatal, rendición de cuentas y deberán distribuirse de forma equitativa”.

De acuerdo con el artículo 264 numeral 7 de la Constitución de la República, es competencia exclusiva de las municipalidades “(…) 7. Planificar, construir y mantener la infraestructura física y los equipamientos de salud y educación, así como los espacios públicos destinados al desarrollo social, cultural y deportivo, de acuerdo con la ley (…)”.

Concordante, la letra g) del artículo 55 del COOTAD, confiere a las municipalidades, competencia exclusiva para:

“g) Planificar, construir y mantener la infraestructura física y los equipamientos de salud y educación, así como los espacios públicos destinados al desarrollo social, cultural y deportivo, de acuerdo con la ley”.

La letra q) del artículo 54 del mismo Código prevé como función de la municipalidad, la de promover entre otras actividades las de carácter deportivo y recreativo en beneficio de la colectividad del cantón.

En materia de infraestructura destinada al deporte, el artículo 14 de la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 255 de 11 de agosto de 2010, asigna como funciones del Ministerio del Deporte, las siguientes:

“(…) i) Mantener un Sistema Nacional de Información Deportiva con registro de datos sobre las organizaciones, deportistas, entrenadores, jueces, infraestructura, eventos nacionales e internacionales y los demás aspectos que considere necesario el Ministerio Sectorial;

(...) k) Coordinar las obras de infraestructura pública para el deporte, la educación física y la recreación, así como mantener adecuadamente la infraestructura a su cargo, para lo cual podrá adoptar las medidas administrativas, técnicas y económicas necesarias, en coordinación con los gobiernos autónomos descentralizados (...).

Concordante, la letra a) del artículo 133 de la misma Ley prevé que: “(...) a) Las asignaciones que consten en el Presupuesto General del Estado para el Ministerio Sectorial que serán administradas por esta entidad, con excepción del gasto corriente de la institución, deberán ser destinadas para la promoción del deporte, educación física y recreación, así como para la construcción y mantenimiento de la infraestructura y las necesidades complementarias para su adecuado desarrollo (...).”.

Las competencias que en materia de infraestructura para el deporte, corresponden a los gobiernos autónomos, constan en el artículo 93 de la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación, cuyos incisos segundo y tercero prevén lo siguiente:

“Art. 93.- Del rol de los Gobiernos Municipales y Distritos Metropolitanos.- (...)”

Los programas de activación física, construcción y mantenimiento de infraestructura recreativa se ejecutarán de manera descentralizada y coordinada conforme a las políticas que establezca el Ministerio Sectorial.

El apoyo al deporte barrial y parroquial, deberá ser coordinado por medio de los gobiernos municipales, quienes asignarán los recursos para su fomento, desarrollo e infraestructura”.

El artículo 102 de la citada Ley, que según se refirió en los antecedentes, invoca el asesor jurídico de la entidad consultante, dispone:

“Art. 102.- Responsabilidades.- Serán responsabilidades del Ministerio Sectorial y de los gobiernos autónomos descentralizados valorar, promover, apoyar y proveer los recursos económicos e instalaciones deportivas para el desarrollo de los deportes ancestrales y juegos tradicionales, garantizando sus usos, costumbres y prácticas ancestrales”.

Es decir que, de acuerdo con la parte final del numeral 7 del artículo 264 de la Constitución de la República y la letra g) del artículo 55 del COOTAD, es competencia exclusiva de las municipalidades, planificar,

construir y mantener los espacios públicos destinados al desarrollo deportivo; y, según los artículos 93 y 102 de la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación la construcción y mantenimiento de infraestructura recreativa se debe realizar de manera descentralizada, siendo responsabilidad tanto del gobierno central a través del Ministerio Sectorial como de los gobiernos autónomos descentralizados, proveer los recursos económicos e instalaciones deportivas para el desarrollo del deporte.

El artículo 260 de la Constitución de la República, establece que las competencias exclusivas no excluyen actividades de colaboración y complementariedad entre los distintos niveles de gobierno.

Considerando que los artículos 264 numeral 7 de la Constitución de la República y 55 letra g) del COOTAD asignan a las municipalidades competencia exclusiva para planificar, construir y mantener la infraestructura física y los equipamientos de salud y educación, así como los espacios públicos destinados al desarrollo deportivo, en atención a los términos de su consulta se concluye que las municipalidades están facultadas para invertir en estudios u obras de infraestructura deportiva a ser desarrollados en su cantón. La oportunidad y conveniencia de suscribir convenios con el Ministerio del Deporte debe ser resuelta por los personeros de dichas entidades.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia de las normas sobre cuya aplicación trata la consulta; la conveniencia de invertir recursos públicos para efectuar estudios y la construcción de nueva infraestructura deportiva es de exclusiva responsabilidad de los personeros de las Municipalidades.

OPERADORES ECONÓMICOS SUJETOS A SU CONTROL: DENUNCIA MALICIOSA Y TEMERARIA

OF. PGE. N°: 20050 de 19-12-2014

ENTIDAD CONSULTANTE: Superintendente de Control del Poder de Mercado

CONSULTAS:

1.- “¿Puede la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, calificar de maliciosa o temeraria una denuncia de carácter administrativo relacionada con los operadores económicos, al amparo de lo dispuesto en el Art. 64 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado?”.

2.- “De ser afirmativa la primera consulta: ¿Puede la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, calificar de maliciosa o temeraria una denuncia relacionada con los operadores económicos y ordenar el resarcimiento de los daños y perjuicios que le hubieren sido ocasionados, cuando el expediente administrativo ha sido archivado, en atención a lo dispuesto en el Art. 57 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado?”.

3.- “¿Ejerce jurisdicción la Superintendencia de Control del Poder de Mercado cuando conoce y resuelve expedientes administrativos sobre infracciones sujetas a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado como lo hacen los jueces civiles o penales?”.

4.- “Para sustanciar y resolver los expedientes sobre infracciones a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, ¿puede la Superintendencia de Control del Poder de Mercado aplicar los principios de las leyes supletorias?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 167, 168 núm. 3; y 226.

Código Orgánico de la Función Judicial, Arts. 7, 10, 31, 150 y 156.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Art. 3.

Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado, Arts. 2, 4, 36, 38 núm. 2, 41, 53, 57 y 64.

Código Civil, Art. 18 núm. 1.

Res. Corte Constitucional N°. 05-2012, R.O. N°. 700 de 10-05-2012.

Res. Corte Constitucional N°. 156-2012, R.O.S. N°. 743 de 11-07-2012.

PRONUNCIAMIENTO:

Me refiero a su oficio No. SCPM-DS-421-2014 de 21 de noviembre de 2014, ingresado a esta Procuraduría el 24 de noviembre de 2014, mediante el cual atiende los oficios Nos. 18957 y 19184 de 26 de septiembre y 16 de octubre de 2014 y reformula la consulta inicialmente presentada por el titular de dicha Superintendencia, mediante oficio No. SCPM-DS-278-2014 de 15 de septiembre de 2014.

El informe jurídico que se ha acompañado al oficio que atiendo, consta en el memorando No. SCPM-CGAJ-457-2014-M de 21 de noviembre de 2014, suscrito por el Coordinador General de Asesoría Jurídica de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, quien cita el artículo 64 de la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado, así como las Resoluciones Nos. 05-2012 de 10 de mayo de 2012, emitida

por la Corte Nacional de Justicia y 156 de la Corte Constitucional y los artículos 168 de la Constitución de la República del Ecuador, 31 del Código Orgánico de la Función Judicial y 3 de la Procuraduría General del Estado.

En base de los fundamentos jurídicos previamente señalados y de varias referencias doctrinarias, el Coordinador General de Asesoría Jurídica de la Superintendencia, efectúa el siguiente análisis jurídico:

“La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado no faculta a la Superintendencia ejercer la potestad de calificar de maliciosa o temeraria a una denuncia cuyo proceso se ha resuelto archivar, como sí lo hace la Función Judicial a través de los Juzgados de Garantías Penales.

A pesar de la Ley, el Reglamento hace amplia alusión a la ‘denuncia’; la misma Ley en forma expresa no determina si la Superintendencia para investigar y sancionar las infracciones a la misma Ley deba fundamentarse en los principios del derecho penal y del derecho procesal penal (...).

La administración pública, como ente administrativo no ejerce jurisdicción debido al principio de unidad jurisdiccional constante en la actual Constitución de la República del Ecuador que es exclusiva de la Función Judicial, que sus actos son impugnables vía acción contencioso administrativa y no vía recurso porque las decisiones administrativas no son sentencias, que la calificación de malicia y temeridad es el ejercicio directo de la potestad de jurisdicción; y, en consecuencia, los funcionarios públicos responsables de las entidades públicas al no tener la calidad de jueces, no pueden calificar las ‘denuncias’ de maliciosas y temerarias”.

El Coordinador General de Asesoría Jurídica de la Superintendencia, concluye con el siguiente criterio:

“Es criterio de esta Coordinación que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado para el ejercicio de sus actividades tiene jurisdicción en todo el territorio del Ecuador, pero no tiene la potestad de juzgar y hacer cumplir lo juzgado, sino que emite actos administrativos que gozan de la cualidad de legitimidad, ejecutividad y ejecutoriedad de obligatorio cumplimiento de las resoluciones administrativas.

Finalmente, se puede inferir que como la Superintendencia no se fundamenta en el Derecho Penal, no puede calificar a las denuncias de maliciosas o temerarias cuando dispone el archivo de los expedientes,

tampoco puede ejecutar la acción de daños y perjuicios, de modo que la misma Ley dispone que se deba acudir a la Función Judicial”.

Con los antecedentes que han quedado expuestos, procedo a atender sus consultas en el mismo orden en que han sido formuladas.

PRIMERA CONSULTA

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, de conformidad con el artículo 36 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, forma parte de la Función de Transparencia y Control Social, como un organismo técnico de control, con capacidad sancionatoria, de administración desconcentrada, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa que cuenta con amplias atribuciones para hacer cumplir a los operadores económicos de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria lo dispuesto en la indicada Ley.

Entre las atribuciones que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado confiere a la Superintendencia a su cargo, el numeral 2 del artículo 38 de la citada Ley Orgánica señala la siguiente:

“Art. 38.- Atribuciones.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de sus órganos, ejercerá las siguientes atribuciones:

(...) 2. Sustanciar los procedimientos en sede administrativa para la imposición de medidas y sanciones por incumplimiento de esta Ley”.

La Sección II de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, regula el procedimiento de investigación y sanción de infracciones a dicho cuerpo legal y el artículo 53 de la misma Ley dispone que el procedimiento se iniciará de oficio, a solicitud de otro órgano de la Administración Pública, por denuncia formulada por el agraviado, o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre un interés legítimo.

En tal contexto, el artículo 64 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que es materia de su consulta, respecto de las denuncias prevé lo siguiente:

“Art. 64.- Denuncias maliciosas o temerarias.- De haberse ordenado el archivo de la denuncia y existiere mérito para ello, el denunciado tendrá el derecho de demandar en la vía judicial el resarcimiento de los daños y perjuicios que le hubieren sido ocasionados”.

La disposición legal invocada prevé que cuando se archive una denuncia presentada al amparo de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, el denunciado tiene derecho a demandar por vía judicial el reconocimiento de daños y perjuicios, cuando exista mérito para aquello. Como se puede observar, la norma no establece que el órgano administrativo deba efectuar ninguna calificación respecto de la denuncia.

El principio de legalidad consagrado en el artículo 226 de la Constitución de la República, establece que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal, ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley, por lo que al tenor del artículo 64 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y al amparo del antes invocado principio, se concluye que no cabe que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, califique de maliciosa o temeraria una denuncia de carácter administrativo relacionada con los operadores económicos sujetos a su control.

SEGUNDA CONSULTA

En virtud de que al atender su primera consulta, concluí que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado no tiene potestad legal para declarar como maliciosa o temeraria una denuncia relacionada con los operadores económicos sujetos a su control, no es procedente atender su segunda consulta.

TERCERA CONSULTA

Del memorando No. SCPM-CGAJ-457-2014-M de 21 de noviembre de 2014, suscrito por el Coordinador General de Asesoría Jurídica y citado al inicio del presente, se desprende que la pregunta se halla referida al ejercicio de la potestad jurisdiccional por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

En el contexto anteriormente señalado, la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 167, determina que la potestad de administrar justicia se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución.

Concordante con el principio constitucional antes referido, el artículo 168 numeral 3 de la Constitución establece que en virtud de la 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”.

De su parte, en similar tenor a la disposición constitucional, el artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial 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 armonía con lo señalado anteriormente, el artículo 7 del antes mencionado Código Orgánico, al referirse a los principios de legalidad, jurisdicción y competencia, determina que la jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley; y agrega, que “Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos (...)”.

El artículo 150 del referido Código Orgánico de la Función Judicial, define a la jurisdicción como la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, “potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según la regla de la competencia”. En su artículo 156, prescribe que la competencia “es la medida dentro de la cual la potestad jurisdiccional está distribuida entre las diversas cortes, tribunales y juzgados, en razón de las personas, del territorio, de la materia, y de los grados”.

El principio de impugnabilidad en sede judicial de los actos administrativos, está recogido en el artículo 31 del Código Orgánico de la Función Judicial, el cual se cita en el criterio jurídico institucional y que a continuación transcribo:

“Art. 31.- PRINCIPIO DE IMPUGNABILIDAD EN SEDE JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.- 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”.

De las disposiciones constitucionales y legales invocadas, se establece que ninguna autoridad ajena a la Función Judicial podrá administrar justicia, que solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces y que las decisiones de los procedimientos administrativos son actos de la administración impugnables en sede jurisdiccional.

Respecto del procedimiento administrativo, el tratadista Roberto Dromi comenta:

“Específicamente el procedimiento administrativo indica las formalidades y trámites que deben cumplir la Administración (en el ejercicio de la función administrativa) y los administrados (en su gestión de tutela individual con participación colaborativa en el ejercicio de la función administrativa).

(...) El procedimiento administrativo no tiene naturaleza jurisdiccional; por ello los objetivos y medios del proceso judicial son diferentes a los del procedimiento administrativo. El procedimiento administrativo es y debe ser una herramienta pro consagración del Estado de derecho, sin estar sometido a los límites del rigorismo jurisdiccional”.

El mismo autor en su obra “El Procedimiento Administrativo”, señala lo siguiente:

“La Administración no es juez ni sus poderes se han configurado a este objeto.

(...) La Administración, en dichos procedimientos, no actúa jurisdiccionalmente, sino en ejercicio de la función administrativa. No hay cosa juzgada al estilo judicial. La definitividad del acto administrativo no lo convierte en sentencia. En ningún caso la Administración puede reunir las cualidades de juzgador imparcial e independiente”.

La potestad sancionadora, fue conferida a la Superintendencia del Poder de Control de Mercado, mediante disposición contenida en el artículo 36 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en la cual se manifiesta expresamente que dicha Superintendencia es un “(...) organismo técnico de control con capacidad sancionadora, de administración desconcentrada, con personalidad jurídica (...) la que contará con amplias atribuciones para hacer cumplir a los operadores de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria todo lo dispuesto en la presente Ley”. Sin embargo, el hecho de que la mencionada Superintendencia se encuentre facultada para ejercer la potestad sancionadora, no le otorga la competencia para ejercer la potestad jurisdiccional, que es la facultad de administrar justicia ordinaria, la cual es atribuida y ejercida de forma exclusiva por los tribunales y juzgados que integran la Función Judicial.

Dentro del presente análisis, es pertinente además observar el artículo 2 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que prevé:

“Art. 2.- Ámbito.- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional”.

Por su parte el artículo 41 de la citada Ley establece:

“Art. 41.- Resoluciones.- Las resoluciones que emita la Superintendencia de Control del Poder Mercado a través de sus órganos serán motivadas y de cumplimiento obligatorio para las entidades públicas y los operadores económicos”.

De lo hasta aquí analizado se observa que el ámbito de aplicación de las normas de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, así como la facultad de conocer y resolver en ejercicio de la potestad sancionadora conferida por mandato legal, los procedimientos administrativos de investigación y sanción de competencia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, está referido a todos los operadores económicos que realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, de acuerdo a lo prescrito en los artículos 2 y 41 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

La potestad sancionadora en sede administrativa y la jurisdicción, son términos que no pueden ser asimilados como figuras similares ya que, como se ha indicado en líneas precedentes la jurisdicción al ser la facultad de administrar justicia ordinaria, se encuentra dentro de la esfera de las competencias exclusivas de los tribunales y juzgados que integran la Función Judicial.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, de conformidad los artículos 7 y 10 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, así como del análisis doctrinario anterior, se concluye que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado no ejerce jurisdicción como lo hacen los jueces civiles o penales, cuando conoce y resuelve expedientes administrativos sobre infracciones sujetas a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; sino que la mencionada Superintendencia, en los casos en los que se han

configurado las infracciones establecidas como tales en la Ley Ibídem, ejerce la potestad sancionadora conferida por mandato legal a nivel nacional, a través de la realización de los procedimientos administrativos de investigación y sanción que se encuentran debidamente reglados tanto en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, como en su Reglamento de aplicación.

CUARTA CONSULTA

El numeral 1 del artículo 18 del Código Civil, dispone que cuando el sentido de la Ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Por su parte, la Disposición General Primera de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, dispone lo siguiente:

“Primera.- Jerarquía.- La presente Ley tiene el carácter de orgánica y prevalecerá sobre las normas de inferior jerarquía. De conformidad con la Constitución de la República, se aplicará sistemáticamente con las demás normas del ordenamiento jurídico, en el orden jerárquico previsto en su artículo 425.

Sin perjuicio de la facultad exclusiva del control constitucional, que le corresponde a la Corte Constitucional, en caso de contradicción entre normas inferiores y superiores, prevalecerán las normas superiores. Le corresponde a la autoridad administrativa o judicial la aplicación directa e inmediata de la norma superior, siempre que se trate de conflictos entre normas inferiores a la Constitución.

En lo no previsto en esta Ley se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, Código de Comercio, Código Civil, Código Penal, Ley Orgánica de Servicio Público y las demás leyes y regulaciones aplicables”.

Por lo expuesto, en atención a su consulta se concluye que para sustanciar y resolver los temas relacionados con infracciones a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado debe aplicar los principios determinados en el artículo 4 de la Ley Orgánica en mención y en lo no previsto, son normas supletorias el Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, Código de Comercio, Código Civil, Código Penal, Ley Orgánica de Servicio Público y las demás leyes y regulaciones aplicables de acuerdo a lo dispuesto en el inciso final de la Disposición General Primera de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas y en cualquier caso, la sustanciación de los procedimientos administrativos a cargo de la entidad consultante son de su estricta responsabilidad.

PAGO DE REMUNERACIÓN COMPLETA: SIN CUMPLIR LA TOTALIDAD DEL MES TRABAJADO

OF. PGE. N°: 18908 de 24-09-2014

ENTIDAD CONSULTANTE: Correos del Ecuador CDE E.P.

CONSULTA:

“¿Para un servidor público de libre nombramiento y remoción, que por razón de renuncia, ha recibido el pago de la remuneración completa, sin cumplir la totalidad del mes de labores, de conformidad a lo determinado en el artículo 110 de la LOSEP, e ingresa como servidor de empresa pública, con una remuneración menor a la que percibía, debe recibir el pago de remuneración por los días trabajados en la empresa pública dentro del mismo mes que renunció a la anterior entidad, cuando existe disposición legal expresa para no hacerlo, en el artículo 117 de la LOSEP?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 229 y 237 núm. 3.
Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Arts. 3 lit. e) y 13.
Ley Orgánica de Servicio Público, Arts. 3, 4, 83 lit. k), 107, 108, 109, 110, 117; y, 147 de su Reglamento.
Ley Orgánica de Empresas Públicas, Arts. 18 y 33.

PRONUNCIAMIENTO:

Me refiero a su oficio No. CDE E.P.- 2014-GG-192-PIC de 21 de agosto de 2014, ingresado el 21 de agosto del presente año, por el que reformula la consulta inicialmente planteada con oficio No. CDE E.P.- 2014-GG-145-PIC de 7 de julio de 2014, recibido el 25 de agosto del presente año.

Mediante oficio No. 18246 de 30 de julio de 2014, este Organismo solicitó a Correos del Ecuador CDE EP, reformular los términos de su consulta inicialmente planteada, de manera que trate sobre la inteligencia o aplicación de una norma jurídica, según las atribuciones que confieren a esta Entidad los artículos 237 numeral 3 de la

Constitución de la República, 3 letra e) y 13 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

A fin de contar con mayores elementos de análisis, en forma previa a atender su consulta, con oficio No. 18245 de 30 de julio de 2014 este Organismo requirió el criterio institucional del Ministro de Relaciones Laborales; y, con oficio No. 18462 de 18 de agosto de 2014, se ha insistido en dicho requerimiento, sin que se haya recibido respuesta hasta la presente fecha.

Con oficio No. CDE E.P.-2014-GG-182-PIC de 13 de agosto de 2014, recibido el 15 de agosto del presente año, Correos del Ecuador CDE EP reformula la consulta en los siguientes términos:

“¿Para un servidor público de libre nombramiento y remoción, que por razón de renuncia, ha recibido el pago de la remuneración completa, sin cumplir la totalidad del mes de labores, de conformidad a lo determinado en el artículo 110 de la LOSEP, e ingresa como servidor de empresa pública, con una remuneración menor a la que percibía, debe recibir el pago de remuneración por los días trabajados en la empresa pública dentro del mismo mes que renunció a la anterior entidad, cuando existe disposición legal expresa para no hacerlo, en el artículo 117 de la LOSEP?”.

Posteriormente, mediante oficio CDE E.P.-2014-GG-192-PIC de 21 de agosto de 2014, ingresado el 21 de agosto del presente año, esa empresa pública reformula nuevamente la consulta, planteándola con el siguiente tenor:

“¿Es aplicable lo dispuesto en el artículo 117 de la Ley Orgánica del Servicio Público para un servidor público, el cual dentro de un mismo mes renuncia en una entidad pública e inicia sus labores a una nueva entidad bajo la Ley Orgánica de Empresas Públicas?”.

Con tales antecedentes, atiendo la consulta reformulada en oficio CDE E.P.- 2014-GG-192-PIC de 21 de agosto de 2014, ingresado el 21 de agosto del presente año, al que se hizo referencia al inicio del presente.

El informe del Director Nacional de Asesoría, Patrocinio y Coactivas de la empresa pública consultante, consta en memorando No. CDE EP-2014-DNAPC-100-JC de 21 de agosto de 2014. No obstante, para el análisis de la materia sobre la que trata la consulta, se consideran adicionalmente, los antecedentes referidos en los tres oficios de Correos del Ecuador CDE EP, que han sido previamente referidos.

Así, según se desprende del oficio No. No. CDE E.P.-2014-GG-182-PIC de 13 de agosto de 2014, el servidor al que alude la consulta, desempeñó un cargo de libre nombramiento y remoción en otra entidad pública, cesó por renuncia y percibió el pago de la remuneración completa, sin cumplir la totalidad del mes de labores; y, luego de ello, en el mismo mes ingresó a prestar servicios en la empresa pública consultante.

El informe jurídico de la entidad consultante cita los artículos 110 y 117 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que regulan el pago de remuneraciones a los servidores públicos sujetos al ámbito de aplicación de esa Ley; y, 18 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que establece la naturaleza de las relaciones jurídicas de los distintos tipos de servidores de las empresas públicas; y, concluye:

“(…) tomando en consideración que la Ley Orgánica de Empresas Públicas no contiene ninguna disposición referente al pago de dos remuneraciones, por efecto de la terminación de una relación laboral y el nuevo ingreso a otra entidad pública, esta Dirección considera que se debe regir a lo dispuesto en el Art. 18 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, el cual señala que debemos someternos a las leyes que regulan la administración pública (Ley Orgánica del Servicio Público), en donde señala claramente que no se puede percibir más de dos remuneraciones en el sector público.”

La Procuraduría General del Estado se ha pronunciado reiteradamente sobre el régimen jurídico aplicable a los servidores de las empresas públicas, en los oficios Nos. 11004 y 11163 de 11 y 20 de diciembre de 2012; 14861 de 27 de septiembre de 2013 y 16958 de 11 de abril de 2014. En el citado oficio No. 11163 de 20 de diciembre de 2012, este Organismo manifestó:

“En atención a los términos de su consulta se concluye que, la gestión del talento humano de la empresa pública se rige por la normativa que para atender los requerimientos empresariales específicos expida el Directorio de la entidad, en aplicación del inciso segundo del artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, normativa que debe guardar conformidad con esa Ley, el Código del Trabajo y las demás leyes que rigen para toda la administración pública y que en consecuencia, está sujeta al control posterior del Ministerio de Relaciones Laborales conforme al inciso final del citado artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas”.

El primer inciso del artículo 229 de la Constitución de la República dispone: “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.” Similar definición de servidores públicos, consta en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

Cabe agregar que, según el inciso final del artículo 3 de la LOSEP: “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”; y, que el personal de esas entidades está excluido del sistema de la carrera del servicio público, de acuerdo con la letra k) del artículo 83 de la citada LOSEP.

Adicionalmente resulta pertinente considerar que, de conformidad con el artículo 33 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas: “En todo lo no previsto expresamente en este Título y siempre que no contrarie los principios rectores de la administración del talento humano de las empresas públicas, se estará a lo que dispone la Codificación del Código de Trabajo en lo relativo a la contratación individual”.

Es decir que, las personas que laboran en las empresas públicas, sujetas al régimen específico reglado por esa Ley, tienen el carácter de servidores públicos en los términos que prescribe el artículo 229 de la Constitución de la República.

Sobre el pago de remuneraciones a los servidores sujetos al ámbito de aplicación de la LOSEP, los artículos 107, 108, 109, 110 y 117 de esa Ley, disponen lo siguiente:

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

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

La remuneración de los miembros del servicio exterior se pagará desde el día en que salgan al lugar de su destino. Si residieren en el lugar del ejercicio de sus funciones, percibirán su remuneración desde el día en que comiencen a ejercerlas”.

“Art. 108.- Pago de honorarios.- Cuando, dentro de un mes quedare vacante un puesto comprendido en el inciso primero del artículo

anterior y la persona designada para tal cargo entrare al servicio después del primer día hábil de dicho mes, el pago de los servicios prestados será proporcional al tiempo efectivamente trabajado y cancelado con cargo a la partida correspondiente.

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

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

“Art. 110.- Pago hasta el último día del mes.- La remuneración de la servidora o servidor que estuviere en el ejercicio de un puesto será pagada desde el primer día del mes, y hasta el día de efectiva prestación de actividades, o hasta el último día del mes en que se produzca la separación de la Institución, cualquiera que fuese la causa de ésta. En consecuencia, las remuneraciones no serán fraccionables dentro de un mismo mes entre dos personas sino que el servidor cesante percibirá la remuneración íntegra correspondiente al mes en que se produzca la separación. En el caso de los contratos se sujetarán a lo que estipulen los mismos”.

“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.

Exceptúense de la regla del primer inciso, los honorarios y otros emolumentos que perciban los servidores que por sus conocimientos o experiencias, sean requeridos a colaborar en programas de formación o capacitación en calidad de organizadores, profesores, docentes universitarios, 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”.

Por su parte, el artículo 147 del Reglamento General a la LOSEP, dispone:

“Art. 147.- Pago de la remuneración del personal contratado.- La remuneración para las personas con contratos de servicios ocasionales se efectuará desde el primer día del mes, siempre que la prestación de servicios se efectúe desde dicho día; y, en caso de que la prestación de servicios se efectúe con posterioridad se pagará la parte proporcional del tiempo efectivamente trabajado, mediante honorarios.

En el caso de que se dé por terminado el contrato de servicios ocasionales, en cualquier día de un mes, se cancelará la remuneración hasta el día efectivamente trabajado”.

Las normas citadas regulan el pago de las remuneraciones de los servidores públicos, sujetos al ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Servicio Público.

De acuerdo con los artículos 107, 108 y 109 de la LOSEP y 147 de su Reglamento, al servidor que ha ingresado al ejercicio de funciones corresponde cancelar:

- a) Honorarios si ingresó al servicio público o fue contratado por servicios ocasionales después del primer día hábil del mes, por la parte proporcional del tiempo efectivamente trabajado y con cargo a la partida de gastos de personal.
- b) Remuneración, desde el primer día del mes siguiente al de la fecha de registro del nombramiento o contrato, salvo que éste se hubiere registrado el primer día del mes.

En caso de cesación del servidor, el pago de la remuneración se efectúa de acuerdo con los artículos 110 de la LOSEP y 147 de su Reglamento, de la siguiente forma:

- a) Está prohibido fraccionar la remuneración entre dos personas en un mismo mes, por lo que el servidor cesante percibirá la remuneración íntegra correspondiente al mes en que se produzca la separación.
- b) En el caso de que se dé por terminado el contrato de servicios ocasionales, en cualquier día de un mes, se cancelará la remuneración hasta el día efectivamente trabajado.

Según los artículos 229 de la Constitución de la República y 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público, son servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título ejerzan un cargo dentro del sector público. La prohibición de percibir dos o más remuneraciones en el sector público que establece el artículo 117 de la citada Ley tiene una sola excepción establecida en la misma norma, referida a los honorarios que pueden percibir los servidores que, fuera de su jornada de trabajo habitual, sean requeridos a colaborar en programas de formación o capacitación desarrollados o auspiciados por una entidad pública.

Por tanto, en atención a los términos de su consulta se concluye que la prohibición de percibir dos remuneraciones en el sector público que establece el artículo 117 de la LOSEP, sí es aplicable respecto del servidor que dentro de un mismo mes ha renunciado en una entidad pública incluida en el ámbito de aplicación de esa Ley y luego de ello ha iniciado sus labores en otra entidad bajo la sujeción de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, pues el ejercicio de un cargo o función en cualquier institución del sector público determina que la persona tenga el carácter de servidor público en los términos de los artículos 229 de la Constitución de la República y 4 de la LOSEP.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas y no constituye orden de pago. Es de exclusiva responsabilidad de la empresa pública consultante y sus personeros, aplicar las normas específicas a los casos concretos.

PERMISO DE ESTUDIO: PASANTÍAS

OF. PGE. N°: 19490 de 10-11-2014

ENTIDAD CONSULTANTE: Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal Del Cantón Santa Elena

CONSULTAS:

1.- “¿Procede otorgar permiso por el tiempo de DOS HORAS DIARIAS a los Estudiantes Universitarios para que realicen pasantías, considerando que el Art. 33 de la LOSEP, dispone que las dos horas de permiso son para estudios regulares?”.

2.- “¿Procede otorgar Comisión de Servicio con Remuneración para realizar pasantías, sin que éstas beneficien a la Institución que represento?”.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 33, 50; y, 59 de su Reglamento.
Ley Orgánica de Educación Superior, Arts. 87, 88; y, 7 de su Reglamento.

Reglamento de Régimen Académico, Arts. 16 inc. final, 21 núm. 3 inc. segundo, 88, 90 y 93 numeral 2.

PRONUNCIAMIENTOS:

Con oficio No. 18902 de 24 de septiembre de 2014, se insistió al Ministerio de Relaciones Laborales, en el requerimiento referido en el párrafo anterior; sin que se haya recibido respuesta hasta la presente fecha.

Con tales antecedentes, atiendo sus consultas en el mismo orden en que han sido formuladas.

PRIMERA CONSULTA.-

En la comunicación de consulta se manifiesta que varios servidores municipales que son estudiantes universitarios han solicitado al amparo del artículo 33 de la Ley Orgánica del Servicio Público, "(...) se les conceda dos horas diarias de permiso para realizar pasantías, requisito indispensable para obtener su título de Tercer Nivel".

El informe del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, contenido en oficio No. 0172A-AJM-2014 de 11 de julio de 2014, remitido en atención al requerimiento contenido en oficio No. 06970-GY de 22 de julio de 2014 del Director Regional 1 de la Procuraduría General del Estado, manifiesta:

"(...) considero que no procede el permiso de dos horas para realizar pasantías, por cuanto el texto del Art. 33 de la Ley Orgánica de Servicio Público, dispone que estos permisos son para estudios regulares, siempre y cuando el horario de clases sea dentro de la jornada diaria de trabajo, caso que no corresponde al de los Servidores de la Institución Municipal, en razón que sus horarios de clases en la Universidad Estatal 'Península de Santa Elena' son desde las 18h00 hasta las 22h00".

Para atender su consulta, resulta pertinente considerar como antecedente que, de acuerdo con el artículo 87 de la Ley Orgánica de Educación Superior, las prácticas o pasantías pre profesionales constituyen requisito previo a la obtención del título profesional. Dicha norma tiene el siguiente tenor:

“Art. 87.- Requisitos previos a la obtención del título.- Como requisito previo a la obtención del título, los y las estudiantes deberán acreditar servicios a la comunidad mediante prácticas o pasantías preprofesionales, debidamente monitoreadas, en los campos de su especialidad, de conformidad con los lineamientos generales definidos por el Consejo de Educación Superior.

Dichas actividades se realizarán en coordinación con organizaciones comunitarias, empresas e instituciones públicas y privadas relacionadas con la respectiva especialidad”.

De acuerdo con el artículo 7 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Superior, “Los servicios a la comunidad se realizarán mediante prácticas y pasantías preprofesionales, en los ámbitos urbano y rural, según las propias características de la carrera y las necesidades de la sociedad”.

Mediante Resolución No. 51, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 136 de 3 de diciembre de 2013, el Consejo de Educación Superior expidió el Reglamento de Régimen Académico, en el que respecto de las prácticas pre profesionales, los artículos 16 inciso final, 21 numeral 3 segundo inciso, 88, 90 y 93 numeral 2 disponen en su orden:

“Art. 16.- Duración de los periodos académicos en las carreras de la educación técnica, tecnológica y de grado.-

(...) Las horas destinadas a las prácticas pre profesionales y a la unidad de titulación se podrán desarrollar tanto en los periodos académicos ordinarios como extraordinarios”.

“Art. 21.- Unidades de organización curricular en las carreras técnicas y tecnológicas, superiores, y de grado.-

(...) 3. Unidad de titulación.-

(...) El trabajo de titulación es el resultado investigativo, académico o artístico, en el cual el estudiante demuestra el manejo integral de los conocimientos adquiridos a lo largo de su formación profesional; deberá ser entregado y evaluado cuando se haya completado la totalidad de horas establecidas en el currículo de la carrera, incluidas las prácticas pre profesionales”.

“Art. 88.- Prácticas pre profesionales.- Son actividades de aprendizaje orientadas a la aplicación de conocimientos y al desarrollo de destrezas y habilidades específicas que un estudiante debe adquirir para un

adecuado desempeño en su futura profesión. Estas prácticas deberán ser de investigación-acción y se realizarán en el entorno institucional, empresarial o comunitario, público o privado, adecuado para el fortalecimiento del aprendizaje. Las prácticas pre profesionales o pasantías son parte fundamental del currículo conforme se regula en el presente Reglamento.

Cada carrera asignará, al menos, 400 horas para prácticas pre profesionales, que podrán ser distribuidas a lo largo de la carrera, dependiendo del nivel formativo, tipo de carrera y normativa existente. El contenido, desarrollo y cumplimiento de las prácticas pre profesionales serán registrados en el portafolio académico”.

“Art. 90.- Prácticas pre profesionales durante el proceso de aprendizaje.- En la educación superior técnica y tecnológica, o sus equivalentes, y de grado, las prácticas pre profesionales se distribuirán a lo largo de las unidades de organización curricular, tomando en cuenta los objetivos de cada unidad y los niveles de conocimiento y destrezas investigativas adquiridos”.

“Art. 93.- Realización de las prácticas pre profesionales.- Las instituciones de educación superior diseñarán, organizarán y evaluarán las correspondientes prácticas pre profesionales para cada carrera. Para el efecto, las IES implementarán programas y proyectos de vinculación con la sociedad, con la participación de sectores productivos, sociales y culturales. Estas prácticas se realizarán conforme a las siguientes normas:

1. Las actividades de servicio a la comunidad contempladas en los artículos 87 y 88 de la LOES serán consideradas como prácticas pre profesionales. Para el efecto, se organizarán programas y proyectos académicos que deberán ejecutarse en sectores urbano-marginales y rurales. Estas prácticas tendrán una duración mínima de 160 horas.
2. Todas las prácticas pre profesionales deberán ser planificadas, monitoreadas y evaluadas por un tutor académico de la IES, en coordinación con un responsable de la institución en donde se realizan las prácticas (institución receptora). En la modalidad dual, se establecerá además un tutor de la entidad o institución receptora.
3. Toda práctica pre profesional estará articulada a una o varias cátedras. El tutor académico de la práctica pre profesional deberá incluir en la planificación de la cátedra las actividades, orientaciones académicas-investigativas y los correspondientes métodos de evaluación.
4. Para el desarrollo de las prácticas pre profesionales, cada IES establecerá convenios o cartas de compromiso con las contrapartes públicas o privadas. Como parte de la ejecución de los mismos deberá

diseñarse y desarrollarse un plan de actividades académicas del estudiante en la institución receptora.

5. En caso de incumplimiento de compromisos por parte de la institución o comunidad receptora, o del plan de actividades del estudiante, la institución de educación superior deberá reubicarlo inmediatamente en otro lugar de práctica.

6. Las IES organizarán instancias institucionales para la coordinación de los programas de vinculación con la sociedad y las prácticas pre profesionales, en una o varias carreras.

7. En el convenio específico con la institución o comunidad receptora, deberá establecerse la naturaleza de la relación jurídica que ésta tendrá con el estudiante:

a. Si es únicamente de formación académica, se excluye la remuneración y de ser necesario se utilizará un seguro estudiantil por riesgos laborales; la gratuidad de la educación superior pública no cubrirá el seguro estudiantil;

b. Si se acuerda una relación laboral que incluye fines formativos, es decir, una pasantía, ésta se regirá por la normativa pertinente e incluirá la afiliación del estudiante al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

c. En el caso de las carreras de medicina humana, odontología, enfermería, obstetricia y veterinaria, el internado rotativo se considerará como prácticas pre-profesionales”.

Es decir que, de acuerdo con el artículo 87 de la Ley Orgánica de Educación Superior y 7 de su Reglamento General, las prácticas o pasantías pre profesionales, constituyen requisito previo a la obtención del título profesional que otorgan las instituciones de educación superior; y, que según los artículos 88, 90 y 93 del Reglamento de Régimen Académico, las prácticas pre profesionales son parte del currículo de cada carrera y están articuladas a una o varias cátedras, por lo que se planifican, monitorean y evalúan por un tutor académico de la respectiva institución de educación superior, en coordinación con un responsable de la institución receptora en la que se realizan las prácticas.

Por su parte, respecto de los permisos para estudios regulares que regula el primer inciso del artículo 33 de la Ley Orgánica de Servicio Público, sobre cuya aplicación trata la consulta, dicha norma dispone lo siguiente:

“Art. 33.- De los permisos.- La autoridad nominadora concederá permisos hasta por dos horas diarias para estudios regulares, siempre y cuando se acredite matrícula y regular asistencia a clases. Para el caso de los estudiantes, se certificará expresamente la aprobación del

curso correspondiente. No se concederán estos permisos, a las o los servidores que laboren en jornada especial”.

Concordante, el artículo 59 del Reglamento General a la LOSEP, prevé:

“Art. 59.- Permiso para estudios regulares.- La autoridad nominadora concederá permisos de hasta dos horas diarias para estudios regulares siempre que la o el servidor de carrera acredite matrícula para el nivel correspondiente y el registro de asistencia periódica a clases, debiendo al final de cada año, nivel o semestre presentar la certificación de la aprobación correspondiente.

Para estudios regulares de postgrado se concederá licencia sin remuneración o comisión de servicios con remuneración siempre que la o el servidor demuestre que realiza sus estudios dentro de la jornada laboral, de conformidad con lo que establece la LOSEP y este Reglamento General.

En caso de que los estudios contemplen un régimen de estudios presenciales y no presenciales, podrá acumularse en el periodo de la misma semana el tiempo de dos horas en el día que se requiera de los estudios presenciales.

En el caso de contratos de servicios ocasionales se podrá otorgar este permiso de conformidad con las necesidades institucionales siempre que la o el servidor recupere el tiempo solicitado.

No se concederá estos permisos a las o los servidores que laboren en jornada especial.

Si la o el servidor compensare dicho permiso fuera del horario de jornada ordinaria de labores, no se generará el derecho a pago de horas suplementarias o extraordinarias”.

De acuerdo con el tenor de los artículos 33 de la LOSEP y 59 de su Reglamento, a los servidores públicos que realicen estudios regulares, la autoridad nominadora concederá permisos hasta por dos horas diarias, debiéndose acreditar matrícula y asistencia regular, así como certificación de la aprobación del curso correspondiente una vez concluido. No se conceden estos permisos a los servidores que laboren en jornada especial, y en el caso de contratos de servicios ocasionales se podrá otorgar este permiso de conformidad con las necesidades institucionales siempre que el servidor recupere el tiempo solicitado evento en el que no se generará el derecho a pago de horas suplementarias o extraordinarias.

Del análisis jurídico efectuado se desprende que, según el artículo 87 de la Ley Orgánica de Educación Superior y 88 del Reglamento de Régimen Académico, las pasantías o prácticas pre profesionales, constituyen requisito que los estudiantes de los establecimientos de educación superior deben cumplir para obtener su título profesional, son parte del currículo de cada carrera y están sujetas a evaluación, es decir constituyen parte de los estudios regulares de la respectiva carrera.

En atención a los términos de la consulta se concluye que, a los servidores públicos que como parte de su carrera y para obtener su título profesional en un establecimiento de educación superior, deban cumplir y aprobar prácticas pre profesionales de conformidad con los artículos 87 de la Ley Orgánica de Educación Superior y 88 del Reglamento de Régimen Académico, se les concederá permiso para estudios regulares de hasta dos horas diarias, de acuerdo con los artículos 33 primer inciso de la Ley Orgánica del Servicio Público y 59 de su Reglamento, debiéndose acreditar su asistencia regular a las pasantías o prácticas pre profesionales y certificar su aprobación una vez concluidas.

SEGUNDA CONSULTA.-

El informe del Procurador Síndico de la municipalidad consultante, cita la Ley Orgánica del Servicio Público y manifiesta que: "(...) no procede conceder Comisión de Servicio con Remuneración para realizar pasantías para obtener un título de tercer nivel, porque el inciso cuarto del Art. 33 en concordancia con el Art. 50 de la misma Ley, tácitamente dispone que se concede esta clase de comisión de servicios para efectuar estudios regulares de post grados, conferencias, pasantías..., siempre y cuando la preparación profesional del Servidor Público beneficie a la Institución".

Mediante oficio No. 07513 de 25 de abril de 2012 esta Procuraduría se ha pronunciado sobre el tema materia de su consulta, sin que sea necesario emitir un nuevo pronunciamiento al respecto. En dicho pronunciamiento se concluyó que, de conformidad con los artículos 30 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 50 de su Reglamento de Aplicación, es potestativo de la autoridad nominadora de la respectiva entidad, conceder comisiones con remuneración hasta por dos años a sus servidores amparados por la LOSEP.

Adicionalmente, pongo en su conocimiento que en el portal institucional www.pge.gob.ec se encuentran a disposición del público, los pronunciamientos vinculantes emitidos por la Procuraduría General del Estado a través del Sistema de Consultas Absueltas, herramienta

informática diseñada por esta Institución para facilitar su búsqueda y la obtención de los pronunciamientos emitidos a partir del año 2008.

REPARACIÓN DE DERECHOS VULNERADOS: RECLAMOS ADMINISTRATIVOS, ASEGURADOR Y ASEGURADO

OF. PGE. N°: 19050 de 06-10-2014

ENTIDAD CONSULTANTE: SUPERINTENDENCIA DE BANCOS

CONSULTA:

“¿Están los asegurados amparados por las normas de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, tanto en lo sustantivo como en cuanto al procedimiento que debe seguirse para la reparación de sus derechos vulnerados, en todos los asuntos ajenos a los previstos en el artículo 42 de la Ley General de Seguros, la cual prevé un procedimiento específico para que la Superintendencia de Bancos y Seguros resuelva los reclamos administrativos surgidos de la controversia entre asegurador y asegurado?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 10, 18, 52, 213, 424, 429 y 436.

Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, Arts. 1 inc. segundo, 9 inc. primero y 171.

Ley General de Seguros, Arts. 1, 9, 10 y 42.

Ley de Defensa del Consumidor, Arts. 1, 2, 4, 44 inc. primero, 48, 56, 81 y 82.

Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Arts. 2 lits. a) y b), 8 lit. e), 12 y 13.

Código Orgánico Monetario y Financiero, Art. 78 inc. primero y Disposición Reformatoria Décima Sexta.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 1.

Código de Comercio, Arts. 3 núm. 7 y 10.

Decreto Supremo No. 1147, Registro Oficial No. 123 de 7 de diciembre de 1963, Art. 1.

PRONUNCIAMIENTO:

A fin de contar con mayores elementos para atender su solicitud, la Procuraduría General del Estado, mediante oficio No. 17180 de 5 de mayo de 2014 e insistencia constante en el oficio No. 17435 de 23 de

mayo de 2014, requirió el criterio institucional del Defensor del Pueblo, sin que hasta la presente haya recibido respuesta sobre el particular.

En su oficio de consulta cita como fundamentos jurídicos los artículos 18, 52 y 213 de la Constitución de la República; el inciso segundo del artículo 1 y el artículo 171 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero; artículo 1 del Decreto Supremo No. 1147; y, los artículos 1 y 42 de la Ley General de Seguros. Adicionalmente, cita los artículos 1, 2, 4, inciso primero del artículo 44, 48 y 81 de la Ley de Defensa del Consumidor y los fallos publicados en la Gaceta Judicial CII, Serie XVII No. 6, página 1539 de 24 de mayo de 2001 y en el Suplemento del Registro Oficial No. 235 de 14 de julio de 2010 y expresa lo siguiente:

“Los asegurados tienen derecho a buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna; a un trato transparente, equitativo y no discriminatorio o abusivo; y, a dar por terminado unilateralmente el contrato de seguros en cualquier tiempo, y que en estos casos en el contrato de adhesión no se podrá incluir cláusulas ni disposición alguna que le impongan multas, sanciones o recargos de ninguna naturaleza, atribuida a la terminación anticipada.

De conformidad con el artículo 1 de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, las disposiciones de esa ley son de orden público de interés social por lo que prevalecerán sobre las disposiciones contenidas en leyes ordinarias”.

Respecto de la aplicación de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor en el ámbito de seguros, la Procuraduría General del Estado se pronunció mediante oficio No. 10846 de 23 de agosto de 2004, dirigido al Superintendente de Bancos y Seguros, en el siguiente tenor:

“Al tratarse de las operaciones del seguro privado, la constitución, organización y funcionamiento de las personas jurídicas que integran el sistema se sujetan a las disposiciones de la Ley General de Seguros, al Código de Comercio, a la Ley de Compañías, en forma supletoria, y a las normas que para el efecto dicte la Superintendencia de Bancos y Seguros (Art. 9, inciso primero, de la Ley General de Seguros)

Como manifiesta el consultante, la póliza de seguro es un contrato de naturaleza mercantil, bilateral y de libre discusión entre las partes, sometida a la Ley General de Seguros.

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor es de carácter social y su ámbito es diferente del que corresponde a normas especiales, así regularán también la provisión de determinados bienes o servicios (Art.

56 de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor), es decir, que en todo caso, sus disposiciones tienen carácter subsidiario”.

Con posterioridad, mediante oficios Nos. 001953 y 002227 de 23 de junio y 11 de julio de 2011, la Defensoría del Pueblo remitió el Pronunciamiento Defensorial No. 010-DNPrt-DDP-2011 y el auto de seguimiento de dicho Pronunciamiento Defensorial, que en el punto cuatro de su parte resolutive determinaba lo siguiente: “De conformidad con el artículo 424 de la Constitución se EXHORTA a la Procuraduría General del Estado, para que deje sin efecto el Pronunciamiento contenido en el oficio No. 10846 de fecha 23 de agosto de 2004, por inconstitucional e ilegal para con los derechos de las personas adultas mayores en calidad de usuarias finales de los servicios de seguros de salud y vida”.

En atención al requerimiento antes citado de la Defensoría del Pueblo, mediante oficio No. 03760 de 16 de septiembre de 2011, la Procuraduría General del Estado efectuó el correspondiente análisis jurídico y concluyó en el siguiente sentido:

“De las disposiciones que con respecto del contrato de seguro y las pólizas que lo contienen, previamente referidas, se colige que el contrato de seguro se encuentra regulado por una normativa singular, propia de la esencia del contrato y los parámetros técnicos de seguro, por lo que del análisis jurídico precedente, se establece que no procede dejar sin efecto el pronunciamiento contenido en el oficio No. 10846 de 23 de agosto de 2004, puesto que no existe contradicción entre la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y las normas que regulan las operaciones del sistema de seguro privado, que motivaron dicho pronunciamiento.

Sin embargo, toda vez que en el numeral 4 de la parte resolutive del Pronunciamiento Defensorial No. 010-DNPrt-DDP-2011, suscrito por la Directora Nacional de Protección de Derechos Humanos y de la Naturaleza de la Defensoría del Pueblo (S), citado al inicio del presente, se expresa que el pronunciamiento constante en el oficio No. 10846 de 23 de agosto de 2004, emitido por la Procuraduría General del Estado, es inconstitucional e ilegal, corresponde a la Corte Constitucional de conformidad con los artículos 429 y 436 de la Constitución de la República, como máxima instancia de control y administración de justicia en materia constitucional cualquier pronunciamiento al respecto, por lo que, el Defensor del Pueblo, en ejercicio de la atribución conferida en la letra e) del artículo 8 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, de considerarlo procedente, puede presentar ante la referida Corte, la demanda de inconstitucionalidad pertinente”.

En esta oportunidad, el Superintendente de Bancos y Seguros y Presidente de la Junta Bancaria, solicita que esta Procuraduría se pronuncie sobre si los asegurados están amparados en las normas de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, tanto en lo sustantivo como en el procedimiento para la reparación de los derechos vulnerados, en todos los asuntos ajenos a los previstos en el artículo 42 de la Ley General de Seguros.

La vigente Constitución de la República, en el Título II “DERECHOS”, “Capítulo primero”, “Principios de aplicación de los derechos”, artículo 10, establece: “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales”.

De lo expuesto, se desprende que en la Constitución de la República del Ecuador se garantiza el derecho de las personas a disponer de bienes y servicios de óptima calidad, con eficiencia, eficacia, buen trato y a elegirlos con libertad, cuyos mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de los consumidores se establecerán conforme a la ley.

El inciso segundo del artículo 1 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, establece como objeto de dicho cuerpo legal, el normar las relaciones entre proveedores y consumidores, promoviendo el conocimiento y protegiendo los derechos de los consumidores y procurando la equidad y la seguridad jurídica en dichas relaciones entre las partes.

Por su parte, el artículo 4 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, con respecto de los derechos fundamentales del consumidor, prevé lo siguiente:

“Art. 4.- Derechos del Consumidor.- Son derechos fundamentales del consumidor, a más de los establecidos en la Constitución Política de la República, tratados o convenios internacionales, legislación interna, principios generales del derecho y costumbre mercantil, los siguientes:

1. Derecho a la protección de la vida, salud y seguridad en el consumo de bienes y servicios, así como a la satisfacción de las necesidades fundamentales y el acceso a los servicios básicos;
2. Derecho a que proveedores públicos y privados oferten bienes y servicios competitivos, de óptima calidad, y a elegirlos con libertad;
3. Derecho a recibir servicios básicos de óptima calidad;
4. Derecho a la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad, condiciones de contratación y

demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieren presentar;

5. Derecho a un trato transparente, equitativo y no discriminatorio o abusivo por parte de los proveedores de bienes o servicios, especialmente en lo referido a las condiciones óptimas de calidad, cantidad, precio, peso y medida;

6. Derecho a la protección contra la publicidad engañosa o abusiva, los métodos comerciales coercitivos o desleales;

7. Derecho a la educación del consumidor, orientada al fomento del consumo responsable y a la difusión adecuada de sus derechos;

8. Derecho a la reparación e indemnización por daños y perjuicios, por deficiencias y mala calidad de bienes y servicios;

9. Derecho a recibir el auspicio del Estado para la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios, cuyo criterio será consultado al momento de elaborar o reformar una norma jurídica o disposición que afecte al consumidor; y,

10. Derecho a acceder a mecanismos efectivos para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses legítimos, que conduzcan a la adecuada prevención sanción y oportuna reparación de su lesión;

11. Derecho a seguir las acciones administrativas y/o judiciales que correspondan; y,

12. Derecho a que en las empresas o establecimientos se mantenga un libro de reclamos que estará a disposición del consumidor, en el que se podrá notar el reclamo correspondiente, lo cual será debidamente reglamentado”.

El Capítulo XIV de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor norma los procedimientos regulados por dicho cuerpo legal y en tal contexto, el artículo 81 establece las facultades de la Defensoría del Pueblo, en el siguiente sentido:

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

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

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

Por mandato del artículo 82 de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor en lo relacionado con el procedimiento ante la Defensoría del Pueblo, serán aplicables a las disposiciones del Título III de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, así como las disposiciones reglamentarias que para este efecto dicte el Defensor del Pueblo.

Los artículos 12 y 13 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, prevén que el Defensor del Pueblo al realizar sus investigaciones organizará el procedimiento basándose en los principios de gratuidad, informalidad e inmediatez; y, que podrá iniciar y proseguir de oficio, o a petición de parte, las investigaciones necesarias para el esclarecimiento de los hechos a los que se refieren los literales a) y b) del artículo 2 de esta Ley, ya provenga del sector público o de los particulares.

Las letras a) y b) del artículo 2 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, le atribuyen a dicha autoridad la facultad de promover o patrocinar los recursos de Habeas Corpus, Habeas Data y de Amparo de las personas que lo requieran; y, defender y excitar, de oficio o a petición de parte, cuando fuere procedente, la observancia de los derechos fundamentales individuales o colectivos que la Constitución Política de la República, las leyes, los convenios y tratados internacionales ratificados por el Ecuador garanticen.

De los artículos 81 y 82 de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor y los artículos 12 y 13 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, se establece que corresponde a dicha instancia la sustanciación de los procedimientos administrativos para la defensa y observancia, cuando fuere procedente, de los derechos individuales y colectivos garantizados por nuestro ordenamiento y en la especie, los derechos fundamentales del consumidor señalados en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, antes citado. Esta facultad no comprende o engloba áreas que tienen regulaciones especiales y propias, en las que nuestro ordenamiento jurídico ha otorgado competencias a otras entidades, según analizo a continuación.

La Constitución de la República, en el inciso primero del artículo 213 prevé que las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las

superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley.

El artículo 1 de la Ley General de Seguros, en cuanto a su ámbito, dispone:

“Art. 1.- Esta 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”.

Con la promulgación del Código Orgánico Monetario y Financiero, dicha atribución de control pasó a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, entidad que asumirá tal competencia en el lapso de un año desde la publicación de dicho Código Orgánico, según consta del inciso primero del artículo 78 correspondiente al Capítulo II “De las Entidades”, Título Preliminar “Disposiciones Comunes”, Sección 5 “De la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros” y de la Disposición General Trigésima Primera del mismo Código, que en su orden prevén:

“Art. 78.- Ámbito.- La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, entre otras atribuciones en materia societaria, ejercerá la vigilancia, auditoría, intervención, control y supervisión del mercado de valores, del régimen de seguros y de las personas jurídicas de derecho privado no financieras, para lo cual se regirá por las disposiciones de la Ley de Compañías, Ley de Mercado de Valores, Ley General de Seguros, este Código y las regulaciones que emita la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera”.

“Trigésima primera.- Control del régimen de seguros: La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros asumirá las competencias que el presente Código y las reformas por él introducidas a otras leyes le asignan, en el plazo de un año contado desde su publicación en el Registro Oficial. Durante aquel lapso, se transferirán los expedientes, documentación y sistemas que actualmente se encuentran en la Superintendencia de Bancos y Seguros, y se determinarán y obtendrán los recursos humanos, tecnológicos, financieros, y materiales en general, necesarios para asumir tales competencias”.

La Ley General de Seguros, en el artículo 9 determina que las personas jurídicas que integran el sistema de seguro privado, para su

constitución, organización y funcionamiento se sujetarán a las disposiciones de esa Ley, el Código de Comercio, la Ley de Compañías, en forma supletoria y a las normas que para el efecto dicte la Superintendencia de Bancos y actualmente por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, conforme las previsiones del Código Orgánico Monetario y Financiero.

El contrato de seguro, de conformidad con lo previsto en numeral 7 del artículo 3 del Código de Comercio, constituye un acto de comercio.

El Decreto Supremo No. 1147 reformó el Código de Comercio y sustituyó íntegramente el Título XVII que norma el contrato de seguro, definido en el artículo 1 de dicho Título, en los siguientes términos:

“Art. 1.- El seguro es un contrato mediante el cual una de las partes, el asegurador, se obliga, a cambio del pago de una prima, a indemnizar a la otra parte, dentro de los límites convenidos, de una pérdida o un daño producido por un acontecimiento incierto; o a pagar un capital o una renta, si ocurre la eventualidad prevista en el contrato”.

De los artículos 9 de la Ley General de Seguros y 1 del Decreto Supremo No. 1147 que reformó el Código de Comercio y sustituyó íntegramente el Título XVII del indicado Código, se desprende que el contrato de seguro se encuentra regulado por una normativa singular, propia de la esencia del contrato y los parámetros técnicos de seguro, tal como ya lo expresó la Procuraduría General del Estado en el oficio No. 03760 de 16 de septiembre de 2011, antes citado.

En el contexto indicado, según el artículo 10 del Título XVII del Código de Comercio dentro de las restricciones legales, el asegurador puede asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos la cosa asegurada o el patrimonio o la persona del asegurado, debiendo precisarse de tal forma los riesgos cubiertos y excluidos que no quede duda al respecto.

En la órbita de las potestades que eran de competencia de la Superintendencia de Bancos y Seguros, en materia de seguros, el artículo 42 de la Ley General de Seguros referido en su consulta, fue sustituido por el numeral 15 de la Disposición Reformatoria Décima Sexta del Código Monetario y Financiero, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 332 de 12 de septiembre de 2014, en los siguientes términos:

“Décima Sexta.- En la Ley General de Seguros, efectúense las siguientes reformas:

15. Sustitúyase el artículo 42 por el siguiente:

Art. 42.- Las compañías de seguros y reaseguros tienen la obligación de pagar el seguro contratado o la parte correspondiente a la pérdida debidamente comprobada, según sea el caso, dentro del plazo de treinta (30) días siguientes de presentada la reclamación por parte del asegurado o beneficiario, acompañando los documentos determinados en la póliza.

Las compañías de seguros y reaseguros podrán objetar por escrito y motivadamente, dentro del plazo antes mencionado el pago total o parcial del siniestro, no obstante si el asegurado o el beneficiario se allanan a las objeciones de la compañía de seguros, ésta pagará inmediatamente la indemnización acordada.

Si el asegurado o beneficiario no se allana a las objeciones podrá presentar un reclamo ante la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, a fin de que ésta requiera a la aseguradora que justifique su negativa al pago. Dentro del plazo de 30 días de presentado el reclamo, y completados los documentos que lo respalden, el organismo de control dirimirá administrativamente la controversia, aceptando total o parcialmente el reclamo y ordenando el pago del siniestro en el plazo de 10 días de notificada la resolución, o negándolo.

La resolución podrá ser impugnada en sede administrativa con arreglo al artículo 70 de la presente Ley.

El incumplimiento del pago ordenado será causal de liquidación forzosa de la compañía aseguradora. La interposición de acciones o recursos judiciales no suspenderá los efectos de la resolución que ordena el pago.

En sede judicial, el asegurado cuyo reclamo haya sido negado podrá demandar a la aseguradora ante la justicia ordinaria o recurrir a los procedimientos alternativos de solución de controversias estipulados en el contrato de seguro. La aseguradora, por su parte, podrá demandar la revocatoria o anulación de la resolución que le obligó al pago de la indemnización, en jurisdicción contencioso administrativa, solamente cuando haya honrado la obligación de pago. En caso de haberse revocado o anulado la resolución, para obtener la restitución de la indemnización pagada, la aseguradora deberá necesariamente también demandar al asegurado o beneficiario que la haya cobrado, quien intervendrá como parte en el juicio.

La presentación del reclamo que regula el presente artículo suspende la

prescripción de la acción que tiene el asegurado o el beneficiario contra la aseguradora, hasta la notificación de la resolución a la aseguradora.

Todos los reclamos de asegurados contra aseguradoras se sujetarán a las normas precedentes. No les es aplicable, en consecuencia, el procedimiento regulado por la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor.

Adicionalmente, tratándose de pólizas de seguros de fiel cumplimiento del contrato y de buen uso del anticipo que se contrate en beneficio de las entidades previstas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las compañías de seguros deben emitirlos cumpliendo la exigencia de que sean incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato, por lo que tienen la obligación de pagar el valor del seguro contratado, dentro del plazo de diez (10) días siguientes al pedido por escrito en que el asegurado o el beneficiario le requieran la ejecución.

Queda prohibido a las compañías aseguradoras en el caso de las mencionadas pólizas giradas en beneficio de las entidades previstas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, exigir al asegurado para el pago de la garantía, documentación adicional o el cumplimiento de trámite administrativo alguno, que no fuere el previsto en dicha ley y en su reglamento. Cualquier cláusula en contrario, se entenderá como no escrita.

El incumplimiento de estas disposiciones dará lugar, asimismo, a la liquidación forzosa de la compañía de seguros”.

La disposición legal transcrita prevé un procedimiento administrativo especial para proteger al asegurado en el caso de no pago de un siniestro por objeciones de la compañía aseguradora, ante la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. No obstante, hasta que dicha Superintendencia asuma las competencias en materia de seguros, en el lapso de un año que determina la Disposición General Trigésima Primera del Código Orgánico Monetario, antes citada, le corresponde dicha atribución a la Superintendencia de Bancos y Seguros, que es la entidad actualmente competente.

Una vez que se haya negado el reclamo en sede administrativa, el asegurado puede demandar a la aseguradora ante la justicia ordinaria o recurrir a los procedimientos alternativos de solución de controversias estipulados en el contrato de seguro. Adicionalmente, de acuerdo al mandato contenido en el inciso noveno del artículo 42 de la Ley General de Seguros, sustituido por el numeral 15 de la Disposición Reformatoria Décima Sexta del Código Orgánico Monetario y Financiero, los reclamos de los asegurados contra las aseguradoras por

no pago del seguro contratado no se encuentran amparados por las normas contenidas en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, por lo que la sustanciación de dichos reclamos se deben efectuar observando el procedimiento administrativo específico prescrito para el efecto, en el referido artículo 42 de la Ley General de Seguros.

Lo anterior no excluye que, en los demás asuntos (ajenos a la falta de pago de un siniestro por objeción de la compañía aseguradora y que no son relativos al cumplimiento del contrato de seguro), en el evento de que se vulneren los derechos que no nacen del contrato de seguro, sino de la protección y defensa de los derechos de los consumidores, establecidos en la Constitución de la República y en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, de conformidad con los artículos 81 y 82 de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor y los artículos 12 y 13 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, los asegurados se hallan amparados en las normas de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y en el procedimiento administrativo que en base de las normas antes referidas, se sustancia ante la Defensoría del Pueblo.

RESIDENCIA TEMPORAL EN GALAPAGOS: CÁLCULO DE VIÁTICOS

OF. PGE. N°: 19230 de 21-10-2014

ENTIDAD CONSULTANTE: Consejo de Gobierno del Régimen Especial de Galápagos

CONSULTAS:

1.- “En base a la normativa vigente contemplada en el Art. 28 de la Ley Orgánica del Régimen Especial para la Conservación y Desarrollo Sustentable de la provincia de Galápagos (LOREG) y Art. 16 del Reglamento Especial para la Calificación y Control de la Residencia, esta institución ha vinculado a servidores que no tienen su residencia personal o familiar en la provincia de Galápagos, y considerando lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 229, las personas adquieren la categoría de servidor público a partir de su nombramiento o contrato que los acredita como tal para ejercer sus funciones en el Consejo de Gobierno del Régimen Especial de Galápagos, ¿Es aplicable el artículo 124 de la LOSEP a los servidores del Consejo de Gobierno de Galápagos que están vinculados mediante contratos o nombramientos comprendidos en la escala de remuneración de veinte grados, quienes para el ejercicio de sus funciones debieron trasladar su residencia personal o familiar a la Provincia de Galápagos?”.

2.- “Para todos los casos en los que procede el pago del viático por gastos de residencia, a estos servidores públicos, el valor que deberá recibir la o el servidor público comprendido en uno de los grados, ya sea, de la escala del nivel jerárquico superior o de la escala de remuneración mensual unificada de veinte grados, ¿se calculará el pago establecido en la ‘Norma Técnica que regula las excepciones para el pago de viatico por gasto de residencia para las personas que tengan su domicilio fuera del país y de la provincia’ sobre la base de las dos remuneraciones básicas unificadas al amparo de lo dispuesto en el Art. 98 de la LOSEP o sobre la remuneración mensual unificada del continente tal como lo establece la Disposición General Novena de la misma Ley?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 229 inc. primero, 237 núm. 3, 242, 254 inc. cuarto y 258.

Mandato Constituyente No. 2, Art. 5.

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

Ley Orgánica del Régimen Especial para la Conservación y Desarrollo Sustentable de la provincia de Galápagos (LOREG), Arts. 27 y 28.

Reglamento Especial para la Calificación y Control de la Residencia, Art. 16.

Ley Orgánica de Servicio Público, Arts. 3, 4, 16, 94, 96 lit. h), 98, 124, Disp. General Novena; y, 273, 274 inc. segundo, 275 de su Reglamento.

Reglamento para el pago de compensación por residencia y transporte para los funcionarios y servidores de las instituciones, organismos y empresas del Estado, Art. 5 lit. a).

Código de Trabajo, Art. 113.

PRONUNCIAMIENTO:

Me refiero a su oficio No. CGREG-P-2014-0395-OF de 22 de julio de 2014, ingresado a la Procuraduría General del Estado el 25 de julio de 2014 y al alcance contenido en el oficio No. CGREG-P-2014-0436-OF de 15 de agosto de 2014, ingresado a la Procuraduría General del Estado el 18 de agosto del mismo año, mediante los cuales formula dos consultas relacionadas con el pago de viáticos por gastos de residencia.

En cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 237 de la Constitución de la República y los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, este Organismo mediante oficio No. 18284 de 4 de agosto de 2014, le solicitó reformular los términos de la primera consulta efectuada en el oficio CGREG-P-2014-0395-OF de 22 de julio de 2014, hacia la inteligencia o aplicación

de una norma jurídica, lo cual fue atendido por la Entidad a su cargo mediante oficio No. CGREG-P-2014-0436-OF de 15 de agosto de 2014.

Adicionalmente y a fin de contar con mayores elementos de análisis, con oficio No. 18285 de 4 de agosto de 2014 e insistencia constante en el oficio No. 18503 de 22 de agosto de 2014, la Procuraduría General del Estado requirió el criterio institucional del Ministerio de Relaciones Laborales, sin que hasta la presente fecha la indicada Cartera de Estado haya atendido dicha solicitud.

En su oficio inicial de consulta, señala como antecedentes los siguientes:

“El Consejo de Gobierno del Régimen Especial de Galápagos acorde a los preceptos contenidos en el Art. 28 de la Ley Orgánica del Régimen Especial para la Conservación y Desarrollo Sustentable de la provincia de Galápagos (LOREG) y Art. 16 del Reglamento Especial para la Calificación y Control de la Residencia y a las disposiciones de la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP), realiza la búsqueda de profesionales residentes permanentes en Galápagos sin que se logre, en todos los casos, las contrataciones por la falta del cumplimiento de perfiles requeridos. Es así que se ha vinculado, bajo las modalidades de servicios ocasionales y de libre nombramiento y remoción, servidores que no tienen su residencia en esta provincia y han debido trasladarla a Galápagos, lugar donde se desarrollan las actividades principales de la institución como matriz”.

El informe jurídico de la entidad consultante, consta en el memorando No. CGREG-DAJ-2014-0382-MEMO de 15 de agosto de 2014, en el que se citan los artículos 229 de la Constitución de la República y 124 de la Ley Orgánica de Servicio Público y concluye con el siguiente criterio jurídico:

“Acogiendo las consideraciones constitucionales y legales enunciadas las personas obtienen la calidad de servidores públicos a partir de su designación, sea esto, a través de nombramiento o contrato que les acredita para el ejercicio de sus funciones. En virtud de la consulta realizada, es procedente que la Dirección Financiera realice el pago del viático por gastos de residencia a los servidores vinculados por el CGREG para el ejercicio del servicio público”.

Con los antecedentes expuestos, procedo a atender sus consultas, en el mismo orden en que han sido formuladas.

PRIMERA CONSULTA.-

El inciso segundo del artículo 242 de la Constitución de la República, prevé que “Los distritos metropolitanos autónomos, la provincia de Galápagos y las circunscripciones territoriales indígenas y pluriculturales serán regímenes especiales”.

El artículo 258 *Ibidem* en cuanto al régimen especial de la provincia de Galápagos, dispone lo siguiente:

“Art. 258.- La provincia de Galápagos tendrá un gobierno de régimen especial. Su planificación y desarrollo se organizará en función de un estricto apego a los principios de conservación del patrimonio natural del Estado y del buen vivir, de conformidad con lo que la ley determine.

Su administración estará a cargo de un Consejo de Gobierno presidido por el representante de la Presidencia de la República e integrado por las alcaldesas y alcaldes de los municipios de la provincia de Galápagos, representante de las juntas parroquiales y los representantes de los organismos que determine la ley.

Dicho Consejo de Gobierno tendrá a su cargo la planificación, manejo de los recursos y organización de las actividades que se realicen en la provincia. La ley definirá el organismo que actuará en calidad de secretaria técnica.

Para la protección del distrito especial de Galápagos se limitarán los derechos de migración interna, trabajo o cualquier otra actividad pública o privada que pueda afectar al ambiente. En materia de ordenamiento territorial, el Consejo de Gobierno dictará las políticas en coordinación con los municipios y juntas parroquiales, quienes las ejecutarán.

Las personas residentes permanentes afectadas por la limitación de los derechos tendrán acceso preferente a los recursos naturales y a las actividades ambientalmente sustentables”.

De las disposiciones antes transcritas, se evidencia que la Provincia de Galápagos está sujeta a un régimen especial, para lo cual se establece un Consejo de Gobierno responsable de la planificación, manejo de recursos y organización de actividades en la Provincia. Adicionalmente, el inciso cuarto del artículo 258 de la Constitución de la República determina que para la protección del distrito especial de Galápagos, se limitarán los derechos de migración interna, trabajo o cualquier otra actividad pública o privada que pueda afectar al ambiente.

Concordante con lo antes señalado, el artículo 27 de la Ley Orgánica de Régimen Especial para la Provincia de Galápagos establece quienes

tienen calidad de residentes temporales; entre otros, las personas que realicen funciones públicas por el tiempo que duren sus funciones y quienes realicen actividades laborales en relación de dependencia por un tiempo de hasta un año, prorrogable por lapsos iguales. Además el inciso final del artículo 28 de la indicada Ley Orgánica dispone:

“Art. 28.- ACTIVIDADES DE LOS RESIDENTES

(...) Para la ejecución de obras y servicios privados o públicos en la provincia de Galápagos, se utilizará mano de obra y profesionales locales; en los casos en que esta no bastare tanto en el sector público, como en el privado, se empleará a profesionales o trabajadores no residentes, previo informe favorable del INGALA. Se podrán llenar vacantes pero a título temporal y con contratos según el tiempo, categorización y requisitos, establecidos para el empleador o patrono, en el Reglamento”.

En el contexto anterior, el inciso primero artículo 16 del Reglamento Especial para la Calificación y Control de la Residencia en la Provincia de Galápagos, dispone:

“Art. 16.- Concurso.- Es obligación de quien desee contratar persona en relación de dependencia, conforme lo dispone el numeral 2 del Artículo 27 de la Ley Orgánica para la Conservación y Desarrollo de la Provincia de Galápagos (LOREG), demostrar que no existe en la provincia de Galápagos persona alguna que reúna los mismos requisitos para el desempeño de la actividad que cumplirá el contratado para quien solicita la residencia temporal (...).”.

Según refiere en su oficio de consulta, el Consejo de Gobierno de Galápagos “(...) ha vinculado, bajo las modalidades de servicios ocasionales y de libre nombramiento y remoción, servidores que no tienen su residencia en esta provincia y han debido trasladarla a Galápagos, lugar donde se desarrollan las actividades principales de la institución como matriz”.

El inciso primero del artículo 229 de la Constitución de la República, referido en su consulta 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, lo cual es también recogido por el artículo 4 de la Ley Orgánica de Servicio Público.

La compensación por residencia fue inicialmente creada por el artículo 5 del Mandato Constituyente No. 2, como un viático en beneficio del servidor que tenga su domicilio habitual fuera de la ciudad en la que

preste sus servicios y por tal motivo deba trasladar su residencia y domicilio a otra ciudad.

El artículo 124 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP) establece el viático para gastos de residencia, en los siguientes términos:

“Art. 124.- Viático por gastos de residencia.- Las servidoras y servidores que tuvieren su domicilio habitual, fuera de la ciudad en la cual presten sus servicios y por tal motivo deban trasladar su residencia a otra ciudad de otra provincia, salvo los casos que fundamentadamente apruebe el Ministerio de Relaciones Laborales, para cubrir los gastos de vivienda, tendrán derecho a un viático que no podrá superar los tres salarios básicos unificados por mes para los trabajadores en general del sector privado, de conformidad con la norma técnica que para el efecto expida este Ministerio”.

En concordancia, el artículo 273 del Reglamento a la LOSEP, prevé que el viático para gastos de residencia es el estipendio monetario o valor mensual al que tienen derecho las y los servidores de las instituciones establecidas en los artículos 3 y 94 de la LOSEP, por concepto del traslado de su residencia a otra ciudad de otra provincia en la cual debe prestar sus servicios, con el propósito de cubrir los gastos de vivienda. El inciso final de la misma norma reglamentaria, confiere al Ministerio de Relaciones Laborales, competencia para emitir la norma técnica para establecer los casos de excepción.

El primer inciso del artículo 274 del Reglamento a la LOSEP, dispone que “Las y los servidores públicos que ocupan puestos establecidos en la Escala del Nivel Jerárquico Superior y las escalas de remuneraciones establecidas por el Ministerio de Relaciones Laborales, que tuvieren su domicilio habitual fuera de la ciudad en la cual deben prestar sus servicios y por tal motivo deban trasladar su residencia personal o familiar a una ciudad de otra provincia o en los casos de excepción establecidos por el Ministerio de Relaciones Laborales, percibirán durante el desempeño de sus funciones un viático por residencia mensual de hasta tres (3) salarios básicos unificados para los trabajadores en general del sector privado, pago que estará sujeto a las disponibilidades presupuestarias institucionales, de acuerdo a la tabla que para el efecto emita el Ministerio de Relaciones Laborales, contando con el dictamen previo del Ministerio de Finanzas”.

El segundo inciso del artículo 274 del citado Reglamento, exceptuaba del derecho al pago del viático por residencia, al servidor que obtuvo su nombramiento provisional como ganador de un concurso de méritos y oposición o aquel que una vez concluido el periodo de prueba obtuvo

nombramiento permanente, en una ciudad distinta a la de su domicilio habitual. Como se verá más adelante, dicho inciso fue derogado.

Por su parte, de acuerdo con el primer inciso del artículo 275 del Reglamento a la LOSEP, como requisito para el pago prevé que: “La o el servidor público solicitante del viático por residencia deberá acreditar mediante la declaración juramentada ante Notario requerida para el ingreso al servicio público, que ha trasladado su residencia personal y/o familiar, y adjuntar los requisitos adicionales, de lo cual le corresponderá hacer el seguimiento y verificación posterior a la UATH”.

La forma de cálculo de la compensación por residencia, inicialmente se reguló por la Resolución 147 de la ex SENRES, según se analizó en pronunciamiento contenido en oficio No. 07767 de 14 de mayo de 2012. Dicha Resolución contiene el “Reglamento para el pago de compensación por residencia y transporte para los funcionarios y servidores de las instituciones, organismos y empresas del Estado”, cuyo artículo 5 letra a) prevé:

“a) Del pago de compensación por residencia a funcionarios y servidores.- Los funcionarios y servidores públicos que ocupan puestos establecidos en la Escala del Nivel Jerárquico Superior y Escala de 14 Grados, que tuvieren su domicilio habitual fuera de la ciudad en la cual deben prestar sus servicios y por tal motivo deban trasladar su residencia y domicilio personal o familiar junto con el servidor a otra ciudad, percibirán, durante el desempeño de sus funciones una compensación por residencia mensual de hasta tres (3) salarios básicos unificados para los trabajadores en general del sector privado, pago que estará sujeto a las disponibilidades presupuestarias institucionales (...)”.

Sobre dicha base normativa, en el pronunciamiento de la referencia, manifesté:

“En atención a los términos de su primera consulta se concluye que, de conformidad con el primer inciso del artículo 274 del Reglamento a la LOSEP y la letra a) del artículo 5 de la Resolución 147 de la extinguida SENRES, un servidor público que ingresó al grado 2 del nivel jerárquico superior, esto es a un puesto de libre nombramiento y remoción y que para desempeñar el puesto hubiere debido trasladar su residencia a un lugar distinto de aquel en que tiene su domicilio habitual, tiene derecho al viático por gastos de residencia. La excepción a dicho beneficio, establecida por el segundo inciso del artículo 274 del Reglamento a la LOSEP y la Disposición General Cuarta de la Resolución 147 está referida exclusivamente a los servidores designados mediante nombramiento provisional o permanente luego de concurso de méritos

y oposición, y que al posesionarse aceptaron los requerimiento del puesto, incluido el lugar de trabajo”.

Con posterioridad a dicho pronunciamiento, mediante Decreto Ejecutivo No. 1305, publicado en el Suplemento de Registro Oficial No. 807 de 10 de octubre de 2012, se derogó el segundo inciso del artículo 274 del Reglamento de la LOSEP que exceptuaba de pago del viático por residencia al servidor que al concluir el periodo de prueba, obtiene su nombramiento permanente en una ciudad distinta a la de su domicilio habitual, por lo que dicha excepción actualmente ya no es aplicable.

Los servidores públicos pueden percibir el viático por gastos de residencia, si cumplen los presupuestos establecidos en los artículos 124 de la LOSEP, 273, 274 y 275 de su Reglamento, esto es si mediante declaración juramentada acreditan que para el ingreso al servicio público han trasladado su residencia personal y/o familiar a otra ciudad de otra provincia en la cual debe prestar sus servicios.

El artículo 4 de la LOSEP, prevé que: “Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público”.

El artículo 124 de la LOSEP que establece el viático por gastos de residencia, se refiere en forma general a servidores públicos (que se encuentren en las circunstancias que esa norma prevé), sin hacer ninguna distinción respecto de la forma de designación (nombramiento o contrato), grado o jerarquía del servidor.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, las personas que cumpliendo los requisitos específicos han sido designados como servidores públicos en los términos del artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público y que para el ejercicio del respectivo cargo deban trasladar su residencia temporal a una provincia distinta de aquella en la que tienen su domicilio y residencia personal o familiar, pueden percibir el viático por gastos de residencia que establece el artículo 124 de esa Ley.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de las normas jurídicas. Es de exclusiva responsabilidad de los personeros de la respectiva entidad, la aplicación de las normas a los casos concretos, previa verificación del cumplimiento de todos los requisitos establecidos en la ley.

SEGUNDA CONSULTA.-

El artículo 98 de la Ley Orgánica de Servicio Público, que menciona en su consulta, regula la décimo cuarta remuneración que es la bonificación adicional anual equivalente a una remuneración básica unificada vigente a la fecha de pago que se cancela “hasta el 15 de abril de cada año en las regiones de la costa e insular y hasta el 15 de agosto en las regiones de la Sierra y Amazonía”, de conformidad con el artículo 113 del Código de Trabajo. Para el caso de las servidoras y servidores públicos del Régimen Especial de Galápagos, se pagará dos remuneraciones básicas unificadas. Como se observa de la norma antes referida, la misma no es aplicable al viático por gastos de residencia.

La Disposición General Novena de la Ley Orgánica de Servicio Público, prevé:

“NOVENA.- Se establece que las remuneraciones mensuales unificadas de las servidoras y servidores de las instituciones señaladas en el artículo 3 de esta Ley, mientras trabajen en las instituciones públicas de la provincia de régimen especial de Galápagos, percibirán la remuneración mensual unificada establecida en los grados de valoración de las escalas de remuneraciones vigentes para el Ecuador Continental, emitidas por el Ministerio de Relaciones Laborales, multiplicado por dos”.

Según la Disposición transcrita, ésta se aplica a la remuneración mensual unificada de los servidores que prestan servicios en las instituciones regidas por la Ley Orgánica de Servicio Público, en la provincia de Galápagos. Mientras que, el viático por gastos de residencia, según la letra h) del artículo 96 de esa Ley no integra la remuneración mensual unificada.

El artículo 124 de la Ley Orgánica de Servicio Público, establece el viático para gastos de residencia con el objeto de cubrir los gastos de vivienda, dentro del cual determina de forma imperativa en su parte correspondiente que: “(...) para cubrir los gastos de vivienda, tendrán derecho un viático que no podrá superar los tres salarios básicos unificados por mes para los trabajadores en general del sector privado de conformidad con la norma técnica que para el efecto expida este Ministerio” de lo cual se desprende que, el referido artículo constituye la norma específica a aplicarse al caso objeto de su consulta.

En atención a su consulta se concluye que, el cálculo del viático por residencia para los servidores públicos que trasladen su residencia a la provincia de Galápagos, se debe efectuar conforme dispone el artículo 124 de la Ley Orgánica del Servicio Público, sobre la base del salario básico unificado de los trabajadores en general del sector privado, y la

Norma Técnica que regula las excepciones para el pago de viáticos por gastos de residencia para las personas que tengan su domicilio fuera del país y de la provincia, expedida mediante Acuerdo del Ministerio de Relaciones Laborales No. 2013-0024, publicado en el Registro Oficial No. 900 de 26 de febrero de 2013.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia de normas jurídicas y no constituye orden de pago, siendo responsabilidad de la entidad consultante, la aplicación de las normas a los casos particulares.

ZONA FRANCA: TRIBUTOS DE USUARIOS A TRAVÉS DE UNA PÓLIZA DE GARANTÍA ADUANERA

OF. PGE. N°: 20103 de 23-12-2014

ENTIDAD CONSULTANTE: Empresa Pública Metropolitana de Servicios Aeroportuarios y Gestión de Zonas Francas y Regímenes Especiales

CONSULTAS:

“¿Contraviene el artículo 146 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas que la Empresa Pública Metropolitana de Servicios Aeroportuarios y Gestión de Zonas Francas y Regímenes Especiales (EPMSA), como Administradora de la Zona Franca, garantice frente al Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE) los tributos de los usuarios de la Zona Franca a través de una póliza de garantía aduanera, considerando que la EPMSA es una entidad de derecho público?”.

“De resultar positiva su respuesta en la primera consulta se efectuaría la siguiente consulta: ¿Deberán los usuarios garantizar directamente sus obligaciones tributarias ante la autoridad aduanera, de conformidad con la normativa expedida por la SENAE, específicamente los artículos 7 y 8 de la Resolución No. SENAE-DGN-2012-0354-RE?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 226
Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Arts. 1, 4 y 146; y; 147, 233 de su Reglamento.
Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, Arts. 1, 2, 36, 41, 45, 107, 137, 144, 174 y Disp. Trans. Tercera y Cuarta.

Ordenanza Metropolitana No. 0309, Empresa Pública Metropolitana de Servicios Aeroportuarios y Gestión de Zonas Francas y Regímenes Especiales (EPMSA), Art. 12.

Código Orgánico Tributario, Art. 26.

Ley de Zonas Francas, Art. 3.

Reglamento para la Operación Aduanera de Traslado de Mercancías dentro de Territorio Aduanero Ecuatoriano, Arts. 3 inc segundo, 7 y 8.

Reglamento a la Estructura e Institucionalidad de Desarrollo Productivo, de la Inversión y de los Mecanismos e Instrumentos de Fomento Productivo, Arts. 87 y 89.

Manual de Procedimientos Operativos y de Control para Zonas Especiales de Desarrollo Económico y Zonas Francas, Art. 5.

Reglamento para la Operación Aduanera de Traslado de Mercancías dentro del Territorio Aduanero Ecuatoriano, Art. 3 inc. segundo.

Reglamento a la Estructura e Institucionalidad de Desarrollo Productivo, de la Inversión y de los Mecanismos e Instrumentos de Fomento Productivo, Art. 89.

PRONUNCIAMIENTO:

Me refiero a su oficio No. EPMSA-GJ-0109-1686-14 de 6 de noviembre de 2014, ingresado el 6 de noviembre del presente año, por el que formula a la Procuraduría General del Estado dos consultas sobre las normas que regulan las garantías aduaneras.

Con oficio No. 19539 de 13 de noviembre de 2014, este Organismo solicitó reformular los términos de la segunda pregunta respecto a la inteligencia o aplicación de una norma y remitir en texto independiente, el criterio jurídico debidamente fundamentado del Gerente Jurídico de la empresa pública consultante sobre la pregunta reformulada.

A fin de contar con mayores elementos de análisis sobre el tema materia de consulta, con oficio No. 19540 de 13 de noviembre de 2014, solicité el criterio jurídico del Director General del Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador.

Mediante oficio No. EPMSA-GJ-0117-1843-14 de 26 de noviembre de 2014, recibido el 27 de noviembre de 2014, la empresa pública consultante reformuló los términos de la segunda pregunta.

Con oficio No. 19820 de 3 de diciembre de 2014, este Organismo insistió en el requerimiento formulado al Director General del Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador, que ha sido atendido con oficio No. SENA-E-DGN-2014-1109-OF de 8 de diciembre de 2014, recibido el 10 de diciembre del presente año, suscrito por el Director General Subrogante de esa entidad.

El informe del Gerente Jurídico de la empresa consultante, contenido en memorando No. EPMSA-GJ-0165-3782-14 de 28 de octubre de 2014, expone que de conformidad con el artículo 12 de la Ordenanza Metropolitana No. 0309 de 16 de abril de 2010, el objeto de la Empresa Pública Metropolitana de Servicios Aeroportuarios y Gestión de Zonas Francas y Regímenes Especiales (EPMSA), incluye, entre otros “b) Diseñar, planificar, construir, mantener, operar y, en general, explotar la infraestructura de las zonas francas y regímenes especiales del Municipio de Distrito Metropolitano de Quito”.

El informe del Gerente Jurídico de la empresa consultante, cita además del artículo 146 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas que regula la garantía soberana, los artículos 45 y 174 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, que establecen responsabilidad solidaria entre los operadores y el administrador de la zona especial de desarrollo económico, respecto de las obligaciones tributarias aduaneras incumplidas y eventuales sanciones pecuniarias; y, califican a las garantías aduaneras como irrevocables, de ejecución total o parcial, incondicionales y de cobro inmediato. Sobre dicha base, el Gerente Jurídico de la empresa pública consultante manifiesta y concluye:

“La utilización de bienes públicos para afianzar obligaciones tributarias de un tercero privado no responde a la naturaleza de los bienes públicos, que son inalienables, inembargables e imprescriptibles.

Adicionalmente la EPMSA (Administrador de la zona Franca NAIQ) es una persona jurídica de derecho público y para efectos de las operaciones de traslado de mercancías de propiedad de sus Usuarios, no sería procedente la emisión de una garantía entre dos entidades públicas, ya que de darse su ejecución por las causales establecidas significaría que, los recursos económicos del Estado (EPMSA) cubrirían los tributos al comercio exterior al mismo Estado (SENAE), los cuales corresponden cubrir al propietario de las mercancías que ingresan bajo régimen franco o ZEDE, en este caso a los Usuarios de la Zona Franca NAIQ, quienes deberían ser los responsables de cancelar al Estado con sus recursos, los tributos que correspondan.

(...) A partir de los fundamentos de derecho indicados, se entendería que el Estado no puede garantizarse a sí mismo obligaciones de cualquier naturaleza. Así mismo, es oportuno dilucidar la aplicación de las normas jurídicas vigentes, en particular la aplicabilidad del COPCI por sobre la normativa enunciada. Es oportuno y necesario realizar al Procurador General del Estado la siguiente consulta (...).”

En memorando No. EMSA-GJ-0230-4399-14 de 21 de noviembre de 2014, el Gerente Jurídico cita adicionalmente los artículos 7 y 8 del Reglamento para la Operación Aduanera de Traslado de Mercancías dentro de Territorio Aduanero Ecuatoriano; y, reitera como conclusión que:

“El otorgamiento de la garantía aduanera por parte de la EPMSA corresponde a garantizar los tributos de la persona jurídica privada, no garantiza obligaciones de la empresa pública, por lo que se contradice los principios de los bienes públicos y expresamente el artículo 146 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.”

En el acápite 8 del informe jurídico contenido en el memorando No. EPMSA-GJ-0165-3782-2014 de 28 de octubre de 2014, el Gerente Jurídico refiere el oficio circular expedido por el Director General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador No. SENA-E-GGN-2013-0060-C de 26 de septiembre de 2013, cuyo contenido transcrito en el informe del Gerente Jurídico de la empresa consultante, es el siguiente:

“(…) El ente público figura como la persona que sin tener el carácter de contribuyente, debe por disposición expresa de la ley, cumplir obligaciones atribuidas a éste. Toda obligación tributaria es solidaria entre el contribuyente y el responsable; queda a salvo el derecho de este último de repetir lo pagado en contra del contribuyente, ante la justicia ordinaria, según lo explica expresamente el artículo 26 del Código Orgánico Tributario y el artículo 45 del Código de la Producción, Comercio e Inversiones.

Por lo tanto, es jurídicamente procedente la exigencia de la garantía correspondiente para la solicitud de movilización y/o traslado hacia una Zona Franca/ZEDE cuando dicha zona es administrada por una persona jurídica de derecho público”.

Por su parte, el Director General Subrogante del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, manifiesta que “(…) la normativa que regula el establecimiento de las Zonas Francas y Zonas Especiales de Desarrollo Económico, está desarrollada de manera general en el Título IV del Libro II del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI), mismo que establece en su artículo 41 que los administradores de ZEDE pueden ser personas jurídicas privadas, públicas o de economía mixta”. Refiere la responsabilidad solidaria entre operadores y administrador de la zona especial establecida por el artículo 45 del citado Código; e invoca sobre la misma materia, el artículo 89 del Reglamento a la Estructura e Institucionalidad de Desarrollo Productivo, de la Inversión y de los Mecanismos e Instrumentos de Fomento Productivo establecidos en el COPCI,

expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 757 de 6 de mayo de 2011; y concluye:

“(…) es menester indicar que el artículo 146 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas consultado, tiene un ámbito de aplicación muy diferente al que rige al Código de la Producción Comercio e Inversiones, inclusive el contexto total de dicho artículo trata sobre las ‘*Garantías Soberanas*’, una figura jurídica que se aplica únicamente cuando se contrae deuda pública para el financiamiento de proyectos y programas de inversión en infraestructura, o para proyectos, programas de inversión que generen la rentabilidad necesaria para el servicio de la deuda (…).

(…) Por lo tanto, la exigencia de la garantía correspondiente para la solicitud de movilización y/o traslado hacia una zona Franca/ZEDE cuando dicha zona es administrada por una persona jurídica de derecho público, cumple los principios y las reglas establecidos en el COPCI y toda su regulación complementaria, sin que aquello transgreda las normas establecidas en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, cuyo ámbito de aplicación es categóricamente diferente”.

La consulta tiene por propósito determinar si las garantías aduaneras que deben rendir los administradores de las zonas especiales de desarrollo económico (antes zonas francas), establecidas por el artículo 174 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, son exigibles cuando dichos administradores son entidades públicas; y, si aquello contraviene la previsión del artículo 146 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que regula las garantías soberanas. En consecuencia, para analizar la materia de la consulta corresponde examinar el objeto y ámbito de aplicación de cada uno de los cuerpos normativos.

Así, los artículos 1 y 4 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, establecen su objeto y ámbito en los siguientes términos:

“Art. 1.- Objeto.- El presente código tiene por objeto organizar, normar y vincular el Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa con el Sistema Nacional de Finanzas Públicas, y regular su funcionamiento en los diferentes niveles del sector público, en el marco del régimen de desarrollo, del régimen del buen vivir, de las garantías y los derechos constitucionales.

Las disposiciones del presente código regulan 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 cuatrianual 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”.

“Art. 4.- Ámbito.- Se someterán a este código todas las entidades, instituciones y organismos comprendidos en los artículos 225, 297 y 315 de la Constitución de la República.

Se respetará la facultad de gestión autónoma, de orden político, administrativo, económico, financiero y presupuestario que la Constitución de la República o las leyes establezcan para las instituciones del sector público.

Para efectos del Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa, las instituciones del gobierno central y de los gobiernos autónomos descentralizados aplicarán las normas de este código respecto de:

1. La dirección de la política pública, ejercida por el gobierno central y los gobiernos autónomos descentralizados y los procesos e instrumentos del Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa, en el marco de sus competencias;
2. La coordinación de los procesos de planificación del desarrollo y de ordenamiento territorial, en todos los niveles de gobierno;
3. La coordinación con las instancias de participación definidas en la Constitución de la República y la Ley; y,
4. La coordinación de los procesos de planificación con las demás funciones del Estado, la seguridad social, la banca pública y las empresas públicas, con el objeto de propiciar su articulación con el Plan Nacional de Desarrollo y los planes de desarrollo y de ordenamiento territorial, según corresponda”.

De acuerdo con el tenor de los artículos 1 y 4 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, dicho cuerpo normativo regula la planificación de los recursos que integran los presupuestos de las instituciones públicas. El artículo 146 *Ibidem*, sobre cuya aplicación trata la consulta, dispone:

“Art. 146.- Garantías soberanas.- El Estado Central a nombre de la República del Ecuador podrá otorgar garantía soberana a favor de entidades y organismos del sector público, que contraigan deuda pública para el financiamiento de proyectos y programas de inversión en infraestructura, o para proyectos, programas de inversión que

generen la rentabilidad necesaria para el servicio de la deuda. La garantía del Estado, únicamente podrá autorizarse, cuando la entidad u organismo del sector público, inclusive las empresas del Estado, sus subsidiarias o filiales, evidencien que cuentan con capacidad de pago de la deuda respectiva.

No se podrán emitir garantías soberanas a las otras entidades, organismos y entidades del Sector Público, para operaciones de endeudamiento con plazo menor a 360 días.

Para el otorgamiento de garantía soberana, se deberá establecer e instrumentar los mecanismos necesarios para la restitución de los valores que el Estado pudiere llegar a pagar en su calidad de garante, en caso de incumplimiento del deudor”.

El artículo 146 del citado Código, está ubicado en la Sección VI “De las Garantías” del Capítulo IV “Del Componente de Endeudamiento Público”. Según se desprende de su texto, las garantías soberanas a las que se refiere esa norma, están relacionadas con las operaciones de endeudamiento público que efectúan las instituciones públicas y tiene por finalidad asegurar una gestión eficiente de la deuda, lo que se corrobora con la previsión contenida en el artículo 147 del Reglamento al referido Código, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 489, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 383 de 26 de noviembre de 2014, que establece:

“Art. 147.- Trámite y aprobación de garantías.- Las entidades y organismos del sector público para realizar operaciones de endeudamiento externo, que requirieran de la garantía de la República del Ecuador, deberán presentar su solicitud con la información financiera de respaldo. El Ministerio de Finanzas estimará la capacidad de pago de esta deuda pública y verificará el cumplimiento de los límites de endeudamiento, incluyendo la nueva operación a contratarse.

La normativa relativa a la metodología para determinar la capacidad de pago, que será diferenciada en función de la naturaleza jurídica de la entidad u organismo que solicite la garantía, será expedida por el Ministerio de Finanzas.

El Ministro o la Ministra encargada de las finanzas públicas emitirá la resolución con la que apruebe o rechace la concesión de la garantía, previo los informes técnico y jurídico.

El Ministro o la Ministra encargada de las finanzas públicas celebrará a nombre del Estado ecuatoriano el convenio o contrato a través del cual asuma la calidad de garante de la pertinente operación de crédito”.

Es decir que, de acuerdo con los artículos 146 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y 147 de su Reglamento, las garantías soberanas se otorgan por el Ministerio encargado de las finanzas públicas, en representación del Estado, a favor de entidades y organismos del sector público que contraigan deuda para el financiamiento de proyectos y programas de inversión en infraestructura, previa verificación de los límites de endeudamiento y capacidad de pago de la respectiva entidad.

El artículo 3 de la Ley de Zonas Francas, cuya Codificación publicada en el Registro Oficial No. 562 de 11 de abril de 2005, fue derogada por el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, definía a las zonas francas de la siguiente forma:

“Art. 3.- Zona franca es el área del territorio nacional delimitada y autorizada por el Presidente de la República, mediante decreto ejecutivo, sujeta a los regímenes de carácter especial determinados en esta Ley, en materias de comercio exterior, aduanera, tributaria, cambiaria, financiera, de tratamiento de capitales y laboral, en la que los usuarios debidamente autorizados se dedican a la producción y comercialización de bienes para la exportación o reexportación, así como a la prestación de servicios vinculados con el comercio internacional o a la prestación de servicios turísticos, educativos y hospitalarios”.

El Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, regula el desarrollo de actividades productivas, definidas por su artículo 2 como el “proceso mediante el cual la actividad humana transforma insumos en bienes y servicios lícitos, socialmente necesarios y ambientalmente sustentables, incluyendo actividades comerciales y otras que generen valor agregado”. Su ámbito de aplicación, según el artículo 1, es el siguiente:

“Art. 1.- Ámbito.- Se rigen por la presente normativa todas las personas naturales y jurídicas y demás formas asociativas que desarrollen una actividad productiva, en cualquier parte del territorio nacional.

El ámbito de esta normativa abarcará en su aplicación el proceso productivo en su conjunto, desde el aprovechamiento de los factores de producción, la transformación productiva, la distribución y el intercambio comercial, el consumo, el aprovechamiento de las externalidades positivas y políticas que desincentiven las

externalidades negativas. Así también impulsará toda la actividad productiva a nivel nacional, en todos sus niveles de desarrollo y a los actores de la economía popular y solidaria; así como la producción de bienes y servicios realizada por las diversas formas de organización de la producción en la economía, reconocidas en la Constitución de la República. De igual manera, se regirá por los principios que permitan una articulación internacional estratégica, a través de la política comercial, incluyendo sus instrumentos de aplicación y aquellos que facilitan el comercio exterior, a través de un régimen aduanero moderno, transparente y eficiente”.

De acuerdo con el artículo 107 *Ibidem*, la obligación tributaria aduanera es el vínculo jurídico personal entre el Estado y las personas que operan en el tráfico internacional de mercancías, en virtud del cual, aquellas quedan sometidas a la potestad aduanera a la prestación de los tributos respectivos al verificarse el hecho generador y al cumplimiento de los demás deberes formales.

Según las Disposiciones Transitorias Tercera y Cuarta del citado Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, a partir de su promulgación, las empresas administradoras de zonas francas se sujetan a sus disposiciones y deben cumplir con los requisitos que se prevén para los operadores de las Zonas Especiales de Desarrollo Económico (ZEDEs). El tenor de las referidas disposiciones, es el siguiente:

“TERCERA.- Las zonas francas cuyas concesiones han sido otorgadas al amparo de la Ley de Zonas Francas, continuarán en operación bajo las condiciones vigentes al tiempo de su autorización, por el plazo que dure su concesión. No obstante, las empresas administradoras y usuarias de las actuales zonas francas deberán sujetarse administrativa y operativamente a las disposiciones del presente Código”.

“CUARTA.- A partir de la promulgación de este Código, y para efectos de su calificación, las empresas que deseen registrarse como nuevas usuarias de las zonas francas que se mantengan en funcionamiento, deberán cumplir los requisitos que se prevén en esta normativa para los operadores de las Zonas Especiales de Desarrollo Económico; y se las aprobará siempre que estén acordes al plan de inversión presentado por la Zona Franca, previo a su calificación”.

El artículo 36 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, establece los tipos de zonas especiales de desarrollo económico (antes zonas francas) según las actividades que desarrollen;

y, el artículo 41 *Ibídem*, prevé que los administradores de dichas zonas pueden ser personas jurídicas públicas. Dicha norma dispone:

“Art. 41.- Administradores de ZEDE.- Las personas jurídicas privadas, públicas o de economía mixta, nacionales o extranjeras, que lo soliciten, podrán constituirse en administradores de zonas especiales de desarrollo económico, siempre que obtengan la autorización para desarrollar una de las actividades descritas en el Art. 36 del presente Código. Su función será el desarrollo, la administración y el control operacional de la ZEDE, de conformidad con las obligaciones que establece el reglamento a este Código y las que determine el Consejo Sectorial de la producción.

Las atribuciones y procesos de control que deberán cumplir los administradores estarán determinados por el Consejo Sectorial de la Producción y el reglamento a este Código”.

Por su parte, el artículo 45 *Ibídem* establece responsabilidad solidaria entre los operadores y el administrador de la zona especial de desarrollo económico (antes zonas francas), respecto de obligaciones tributarias aduaneras incumplidas y sanciones; el texto de la norma, tiene el siguiente tenor:

“Art. 45.- Responsabilidad.- Los operadores y el administrador de la Zona Especial de Desarrollo Económico serán solidariamente responsables respecto al ingreso, tenencia, mantenimiento y destino final de toda mercancía introducida o procesada en las zonas autorizadas, y responderán legalmente por el uso y destino adecuado de las mismas. La responsabilidad solidaria establecida opera sobre las obligaciones tributarias aduaneras incumplidas, y sobre las sanciones pecuniarias que se impongan por infracciones cometidas, reconocidas en este Código y en su Reglamento de aplicación”.

Por otra parte, de conformidad con el artículo 26 del Código Tributario, “Responsable es la persona que sin tener el carácter de contribuyente debe, por disposición expresa de la ley, cumplir las obligaciones atribuidas a éste. Toda obligación tributaria es solidaria entre el contribuyente y el responsable, quedando a salvo el derecho de éste de repetir lo pagado en contra del contribuyente, ante la justicia ordinaria y en juicio verbal sumario”.

El traslado de mercaderías al que alude la consulta, según el artículo 137 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, es una operación aduanera “(...) mediante la cual se transporta mercancías bajo control del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, de un punto a otro dentro de territorio aduanero” y está sujeto a control

aduanero de conformidad con el artículo 144 *Ibidem*; de acuerdo con el sexto inciso de esa norma, el control aduanero puede determinar errores en una declaración aduanera que den lugar a diferencias a favor del sujeto activo y por tanto a una liquidación complementaria de tributos.

El artículo 87 del Reglamento a la Estructura e Institucionalidad de Desarrollo Productivo, de la Inversión y de los Mecanismos e Instrumentos de Fomento Productivo, Establecidos en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 757 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 450 de 17 de mayo de 2011, al que se ha referido el Director General del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, dispone que:

“La movilización de mercancías procedentes o con destino a una ZEDE, desde o hacia puertos, aeropuertos internacionales o pasos de frontera, o entre ZEDE, se realizará bajo la operación aduanera de traslado, de acuerdo a lo que establece el artículo 137 del Código de la Producción, conforme los requisitos que establece el Reglamento al Libro V de dicha ley y los procedimientos dictados por el SENA E”.

Respecto de las garantías, el artículo 89 del citado Reglamento prescribe:

“Art. 89.- Las operaciones de traslado serán garantizadas con cargo a una garantía general que para el efecto deberá constituir el administrador de la ZEDE ante el SENA E. Esta garantía afianzará los eventuales tributos al comercio exterior que se generen por las mercancías que se movilizarán, cuando estas ingresen o hayan ingresado a ZEDE desde el exterior y siempre que sobre estas existan tributos al comercio exterior susceptibles de garantizar”.

Los artículos 174 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones y 233 de su Reglamento, definen a la garantía aduanera como “(...) la obligación accesoria que se contrae a satisfacción de la autoridad aduanera, con el objeto de asegurar el pago de los tributos al comercio exterior eventualmente exigibles aplicados a la importación o exportación; el cumplimiento de las formalidades determinadas por la Administración Aduanera; y, las obligaciones contraídas para con el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador por los operadores del comercio exterior para el ejercicio de sus actividades”. Las mismas normas establecen las clases de garantías aduaneras, les confieren el carácter de irrevocables, incondicionales y de cobro inmediato y señalan las formas en que se pueden constituir; y, el artículo 239 del citado Reglamento en sus incisos segundo y final, regulan la ejecución de las garantías aduaneras o su devolución según se verifique una

obligación impaga o el incumplimiento de una formalidad o su cumplimiento, respectivamente.

La obligación de los administradores de una zona especial de desarrollo económico (antes zonas francas), de rendir garantía general ante el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, consta también prevista por el artículo 5 del Manual de Procedimientos Operativos y de Control para Zonas Especiales de Desarrollo Económico y Zonas Francas, expedido mediante Resolución del Consejo de Competitividad No. 5 publicada en el Registro Oficial No. 893 de 18 de febrero de 2013, que dispone:

“Art. 5.- Los Administradores de Zona Especial de Desarrollo Económico deberán rendir una garantía general amplia y suficiente ante el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, la que deberá cubrir las operaciones de movilización propias y las que sus operadores realicen desde o hacia una zona primaria, aquellas que comprendan movilizaciones de otra Zona Especial de Desarrollo Económico para un operador que se desempeña en sus instalaciones, así como aquellas que provengan de una instalación industrial que opera bajo el régimen especial aduanero de admisión temporal para perfeccionamiento activo y con la que se haya pactado cubrir la gestión de movilización de mercancía hasta su ingreso a la Zona Especial de Desarrollo Económico donde se encuentra el operador adquirente de las mercancías movilizadas.

La cobertura de la garantía será aplicada siempre que existan tributos al comercio exterior que afianzar por las mercancías movilizadas. Caso contrario, no se requerirá la cobertura de la garantía para la operación de traslado”.

La Resolución del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador No. 354, a la que alude la empresa consultante, está publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 841 de 29 de noviembre de 2012 y contiene el Reglamento para la Operación Aduanera de Traslado de Mercancías dentro del Territorio Aduanero Ecuatoriano.

El segundo inciso de artículo 3 de la citada Resolución prevé que “(...) la movilización estará amparada por la garantía aduanera general del operador del régimen en origen; o por el administrador de la Zona Especial de Desarrollo Económico de origen, según fuere el caso”. De acuerdo con los artículos 7 y 8 *Ibídem*, quien solicita el traslado se convierte en responsable por representación de la obligación tributaria aduanera y por tanto la garantía aduanera correrá a cargo del solicitante.

Del análisis efectuado se desprende que de acuerdo con el artículo 41 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, las zonas especiales de desarrollo económico (antes zonas francas) pueden ser administradas por personas jurídicas públicas, quienes según el artículo 45 del mismo Código son responsables solidarias con los operadores (contribuyentes) por obligaciones tributarias aduaneras incumplidas y eventuales sanciones; y, que el traslado de mercaderías desde o hacia esas zonas especiales está sujeto a control aduanero según el artículo 144 *Ibídem*.

De acuerdo con el artículo 89 del Reglamento a la Estructura e Institucionalidad de Desarrollo Productivo, de la Inversión y de los Mecanismos e Instrumentos de Fomento Productivo, establecidos en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 757 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 450 de 17 de mayo de 2011 y el artículo 5 del Manual de Procedimientos Operativos y de Control para Zonas Especiales de Desarrollo Económico y Zonas Francas, expedido mediante Resolución del Consejo de Competitividad No. 5 publicada en el Registro Oficial No. 893 de 18 de febrero de 2013, las operaciones de traslado deben ser garantizadas con cargo a una garantía general que para el efecto debe constituir el administrador de la zona especial de desarrollo económico (antes zona franca) ante el SENA, que afianza los eventuales tributos al comercio exterior que se generen por las mercancías que se movilizarán.

En similar sentido, el segundo inciso del artículo 3 de la Resolución del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador No. 354, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 841 de 29 de noviembre de 2012, que contiene el Reglamento para la Operación Aduanera de Traslado de Mercancías dentro del Territorio Aduanero Ecuatoriano, prevé que la operación aduanera de traslado está amparada por la garantía aduanera general del administrador de la zona especial de desarrollo económico de origen (antes zona franca).

Es decir que, las garantías aduaneras que tienen como fin respaldar eventuales obligaciones aduaneras respecto de las cuales existe responsabilidad solidaria entre los operadores y el administrador de la zona especial de desarrollo económico, deben ser otorgadas por las administradoras de zonas especiales de desarrollo económico (antes zonas francas) ante el SENA, de conformidad con el artículo 89 del Reglamento a la Estructura e Institucionalidad de Desarrollo Productivo, de la Inversión y de los Mecanismos e Instrumentos de Fomento Productivo, establecidos en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.

Mientras que, las garantías soberanas que regulan los artículos 146 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y 147 de su Reglamento, se otorgan exclusivamente en el contexto de operaciones de crédito y endeudamiento público que efectúen entidades y organismos del sector público para el financiamiento de proyectos y programas de inversión en infraestructura.

En atención a los términos de su primera consulta se concluye que, de acuerdo con los artículos 41 y 45 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, una entidad pública puede actuar como administradora de una zona especial de desarrollo económico (antes zona franca) y en tal calidad es responsable solidaria con el operador (contribuyente) frente al Servicio Nacional de Aduanas; en consecuencia, las garantías aduaneras que en esa calidad debe rendir la administradora de acuerdo a lo prescrito en el artículo 89 del Reglamento a la Estructura e Institucionalidad de Desarrollo Productivo, de la Inversión y de los Mecanismos e Instrumentos de Fomento Productivo, establecidos en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, y su forma de constitución se rige por las disposiciones contenidas al respecto en ese Código y sus Reglamentos que constituyen la normativa específica aplicable a esa materia de acuerdo a lo prescrito en el artículo 45 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, por lo que no contravienen el artículo 146 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, cuyo ámbito de aplicación es diferente pues se refiere a endeudamiento público. Por lo expuesto no es procedente atender su segunda pregunta.

Lo dicho sin perjuicio de que, en cumplimiento de la obligación de coordinar acciones entre instituciones del Estado, según lo dispone el artículo 226 de la Constitución de la República, las normas secundarias puedan recoger mecanismos específicos para las garantías que en el Régimen Aduanero puedan ser aplicables a los operadores del sector público, de estimárselo conveniente.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia de normas jurídicas; es exclusiva responsabilidad de las autoridades competentes, la aplicación de las normas a los casos concretos.